J. germ. 22/16

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

<36638857480011

<36638857480011

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Rechtsdenkwürdigkeiten

für die

Anwendung

des

Code Napoleon

als Landrecht des

Großherzogthums Baden

von

Dr. J. N. Fr. Brauer,

Großherzoglich Badischem Staats- und geheimen Cabinets-Rath.

Karlsruhe,

bei Christian Friedrich Müller.

1812.

Digitized by Google

Erläuterungen

über den

Code Napoleon

und die

Großherzoglich Badische bürgerliche Gesezgebung

von

Dr. J. N. Fr. Brauer,

Großherzoglich Badischem Staats- und geheimen Cabinets-Rath.

Sechster Band.

Rechtsdenkwürdigkeiten des neuen Rechts.

Karlsruhe,

bei Christian Friedrich Müller.

1812.

Digitized by Google

J. germ. 22/6

München

Digitized by Google

Vorrede.

Mehrere Anfragen, die von Zeit zu Zeit amtlich und ausseramtlich an mich gelangten, zeigten mir manche zuvor minder erwartete Schwierigkeiten, welchen die richtige und vorurtheilslose Anwendung des neuen Rechts in einzelnen Fällen unterliegen. PrivatUnterredungen, wozu jene Anfragen den ersten Anlaß gaben, ließen noch mehrere solcher Fälle voraussehen. Deren Erörterung leitete mich auf die Durchgehung jener Sammlungen der RechtsEntschei-

Digitized by Google

dungen aus dem ehemaligen römischen und deutschen Recht, welche in den Händen der meisten Richter und Anwälde zu seyn pflegen, um zu überlegen, welche von den dort behandelten Fällen nach jenen Erfahrungen in der jezigen Rechtsverfassung noch als solche anzusehen seyn möchten, deren Entscheidung aus dem neuen Recht zu finden, eine zweifelhafte oder schwierige Sache seyn möchte. Endlich kam mir Dabelows ausführlicher theoretisch praktischer Kommentar über den Code Napoleon zur Hand; ein Werk, das wegen der kurzen und doch zweckmässigen Zusammenstellung der geschichtlichen Thatsachen, die zu jedem Stof der einzelnen Titel des Code Napoleon gehören, und ihre Gestaltung veranlassen, und wegen der Winke, die es dabey auf die noch für den Entscheidungs-Gebrauch übrig gebliebene Unvollständigkeiten und Schwierigkeiten gibt, in viele Hände mit Recht kommen wird, so weit man an der mit Latein und Französisch bunt untermischten Schreibart nicht Anstoß nimmt, ein Werk

Digitized by Google

aber auch, das hier und da ganz sonderbare Ansichten aufstellt, die wenigstens von jenem Gesichtspunkt weit abweichen, aus welchem jenes Gesezbuch bey der Bearbeitung zum Rechtsbuch für den badischen Staat erfaßt wurde; ein Werk also, das zu sehr zweckwidrigen Entscheidungen demjenigen Anlaß werden könnte, der auf diese Eigenheiten nicht aufmerksam würde, und das mir daher für den Landesgebrauch einer Beleuchtung, nicht zwar wegen ihrer aller, aber doch wegen jener bedürftig schien, wo die Ansichten dem Leser, der meine vorigen Erläuterungen kennt, nicht schon im Durchlesen von selbst als abweichend und zugleich minder begründet, bemerkbar werden möchten. Aus diesen zusammenwirkenden Anlässen entstanden diejenigen Erörterungen einzelner Fälle, welche dieser Band darstellt: mögen sie für eine leichte und sichere Rechts-Anwendung nicht ohne Nuzen seyn! In der Anführung der Bücher praktischer Rechtslehrer, die allbekannt sind, habe ich nur die Namen und die Oertlich-

keitsZeichen einzelner Stellen Kürze halber eingerückt. Wo Dabelow auf diese Art angeführt ist, da bezieht sich solches auf dessen obgedachte Schrift. Die frühern Bände meiner Erläuterungen sind hier wie zuvor nur durch: Erl. mit Angabe der Zahl des Bandes und der Seiten (oder bey dem fünften Band der Paragraphen) angezogen. Auf das Meisterwerk der neuen Bearbeitung des Handbuchs des französischen bürgerlichen Rechts von Herrn Hofrath Zachariä, konnte bey Verfertigung dieses Bandes nicht zurückgewiesen werden, da sie damals noch nicht erschienen war. Für jene, die diese Sammlung von Fällen allein zu besizen wünschen, erscheint sie zugleich unter dem eigenen Titel: Rechtsdenkwürdigkeiten.

Geschrieben Karlsruhe im December 1811.

Fr. Brauer.

Digitized by Google

Bayerische Staatsbibliothek München

I.

Natur des Kundbarkeits-Beweises.

Der gemeine Ruf und die Kundbarkeit sind zwey verschiedene Dinge. Erl. I. 247. Diesen Unterschied muß man für den Kundbarkeitsbeweis wohl merken. Der gemeine Ruf ist die Uebereinstimmung mehrerer Leute in ihrem Urtheil über gewisse Lebensverhältnisse; die Kundbarkeit ist die Bekanntschaft mehrerer Leute mit einer bestimmten Thatsache; beede sind daher so verschieden wie die Aussagen der Kunstverständigen und jene der Zeugen: jene erfordern richtige Kenntnisse und richtige Urtheilskraft, diese erfordern blos richtige Sinnenfähigkeit und richtiges Erinnerungsvermögen; jene können daher leichter widerlegt und als unglaubwürdig verworfen werden, als diese; so wie der Kundbarkeitsbeweis vom Zeugenbeweis darinn sich unterscheidet, daß dieser Gegenwart des Zeugen bei der Thatsache und eigene Wahrnehmbarkeit derselben für ihn fordert, jener hingegen nur Aufenthalt am Ort der Thatsache und Wahrnehmbarkeit des allgemeinen Glaubens oder Nichtglaubens an die Thatsache. Der gemeine Ruf kann in Untersuchungssachen zuweilen in Frage kommen, in bürgerlichen Rechtssachen niemals, weil nicht die Urtheile Dritter sondern lediglich die Thatsachen der Betheiligten ein Grund zur Knüpfung oder Lösung der Verbindlichkeiten wer-

Digitized by Google

den können. — Die Schmähungen, bey welchen ehemals zuweilen davon die Rede ward, gehören nach unsern Gesezen zum polizeylichen, nicht zum bürgerlichen Recht. Oberger. Ordn. §. 92. — Hingegen auf den Kundbarkeitsbeweis kann es allerdings ankommen, weil er das Daseyn von Thatsachen herstellt. Wichtig ist es hierbey sich zu verständigen, wenn es darauf ankommen könne, und wie er alsdann zu führen sey. Viererley desfallsige Entscheidungen enthält der C. N. aber immer nur über besondere Fälle, wo er zugelassen wird, a) um den Mangel eines Geburtsscheins zu ersezen Sz. 70—72. b) um das Vermißtseyn zu beweisen Sz. 116 und 155. c) um den Tod einer Person darzuthun, deren Todesschein ermangelt Sz. 283. a. d) um die Aufführung einer zum Vormund ernannten Person zu bezeugen. Sz. 444. Der erste und dritte dieser Fälle sind solche, wo über die zu beweisende Thatsachen öffentliche Urkunden vorhanden seyn sollten; der zweite und vierte sind solche, wo über die zu beweisende Thatsachen ein Mangel des Schriftbeweises durch die Natur der Sache bedingt ist. Der Zweck bey dem ersten und dritten Fall ist, um gewisse Standesverhältnisse, also solche die nicht blos Privatsache sind, sondern zugleich die Staatsordnung betheiligen, in Bezug auf die Staatsordnung davon abhängen zu lassen, auch der zweite wird im Sz. 155 nur in dieser Beziehung ausgesprochen, und ohne Vergleichung mit diesem sagt der auch oben angezogene Sz. 116 über Kundbarkeit gar nichts: der vierte Fall im Sz. 444 ist abermals von der Art, daß Standesberechtigungen, als solche, davon abhängen. Aus allem diesem können wir folgende Regel bilden, und behaupten, daß sie in dem Geist unseres Gesezes liege:

Digitized by Google

So oft für die Bestimmung eines Standesverhältnisses und zum Behuf einer Standesberechtigung es auf eine Thatsache ankommt, worüber öffentliche Urkunden Auskunft geben sollten, aber wegen zufälligen Ursachen keine geben, oder worüber nach der Natur der Sache kein Schriftbeweis gefordert werden kann, und kein Zeugenbeweis aufzufinden ist, findet der Kundbarkeitsbeweis statt.

Das lezte Erforderniß, nemlich Mangel eines eigentlichen Zeugenbeweises, liegt schon in der Natur der Sache, wird durch den Sz. 155. bestätigt, der den Kundbarkeitsschein nur zuläßt, wenn nicht schon durch Kundschaftserhebung Gewißheit vorhanden ist. Bey den andern Erfordernissen versteht es sich eben so von selbst, daß wenn zu Berichtigung der mangelnden oder mangelhaften Standesbücher die ordnungsmäßigen Zeugen vernommen worden wären, die erhobene Zeugenkundschaft und die darauf erkannte Ergänzung der Standesbücher, den Kundbarkeitsschein als unnöthig und minder glaubwürdig beseitigen würde. Aus dem Umstand allein, daß nur in Bezug auf Standesverhältnisse vom Kundbarkeitsbeweis die Rede ist, folgt nun zwar *noch nicht*, daß derselbe in andern Fällen unzulässig sey; dann derjenige der etwas sagt, der verneint bekanntlich zwar den Gegensaz, aber nicht bloße Seitensäze, die neben seiner Behauptung stehen können. Inzwischen ist hiermit so viel bewiesen, daß der Geist unseres Gesezes und die Rechtsähnlichkeit seiner Entscheidung ausser jenen oben als Regel ausgedrükten Umständen die Zulässigkeit des Kundschaftsbeweises nicht begründen, daß diese also in andern Fällen nur durch ein Sondergesez oder durch eine nothwendige Folge aus der Natur

einer Sache, mithin durch natürliches Recht, begründet werden kann. Dazu hat auch das Gesezbuch seinen guten Grund; nemlich, Standesverhältnisse können nicht durch Eideszuschiebung bestimmt werden, eben weil sie nicht blos Privatsachen sind; es mußte also hier ein sie ersezendes Hülfsbeweismittel aufgefunden werden. In den meisten Privatangelegenheiten aber findet Eideszuschiebung statt, oder wenn sie wegen beederseits erfolgtem Absterben derer, deren Thatsachen für die Verbindlichkeit in Frage stehen, nicht mehr auf diesem Weg erwiesen werden können, so ist es Schuld der Betheiligten, daß sie die Beweisführung einzuleiten, so lang unterlassen haben. Hier fällt also der Grund für jenes ausserordentliche Beweismittel weg. Hingegen bei jenen Privatvortheilen, deren Vertheidigung von Standesverhältnissen abhängt, da bleibt er stehen, und da findet daher auch eine rechtsähnliche Anwendung statt, so weit nichts Anderes vorgeschrieben ist.

Also z. B. wenn die Anerkennung eines natürlichen Kindes zum Behuf einer Erbgebührforderung in Frage stünde, und die Geburtsbücher, wo sie eingetragen seyn muß, durch irgend einen Zufall abhanden gekommen wären, man auch nicht aus einem Staatsschreiberey-Protokoll Auskunft erhalten könnte, so würde allerdings ein Kundbarkeitsbeweis über die Anerkennung zulässig seyn; so auch bey einem in einem Ort erfolgten Todesfall, wovon man weder die Todesbücher noch die Augenzeugen erkundigen könnte: hingegen wenn jemand in einer allgemeinen Gefahr, die von solcher Art ist, daß sie keine Todeserhebung zuläßt, umgekommen wäre, alsdann würde ein Kundbarkeitsschein des Todes wegen Sz. 129. a. zur Beerbung nicht hinreichen. Erl. I. 136.

Was hiernächst die BeweisErfordernisse für die Kundbarkeit anbetrift: so geben nur zwey von den obigen vier Säzen des C. N. darüber etwas an die Hand. Der Sz. 70—72 wegen Ersezung des Mangels der Geburtsscheine, sagt: es müssen seyn a) sieben Zeugen b) männlich oder weiblich c) verwandt oder nicht verwandt; d) sie müssen durch Angabe des Vornamens, Geschlechtsnamens, Gewerbs und bisherigen Wohnorts ihre Bekanntschaft mit der gebornen Person, oder allgemeiner es auszudrüken, mit derjenigen Person, deren Standesverhältnisse durch den Kundbarkeitsschein erwiesen werden sollen, an den Tag geben; e) sie müssen dadurch, daß sie so viel möglich die Zeit und den Ort der Geburt angeben, ihre nähere Bekanntschaft mit den Eigenschaften der Thatsachen nach Zeit und Raum beurkunden; f) sie müssen die Ursachen anzugeben wissen, welche verhindern, den erforderlichen Beweis aus den öffentlichen Urkunden zu schöpfen; g) sie müssen von der Obrigkeit vernommen seyn; h) diese muß darüber einen von ihnen mitunterzeichneten Kundbarkeitsschein ausstellen; i) dieser muß da vorgelegt werden, wo der Beweis zu führen ist; k) der Kronanwald muß darüber vernommen werden, ob die Gründe nicht aus den öffentlichen Urkunden den Beweis zu schöpfen hinreichen, und die Zeugen das Erforderliche aussagen konnten und ausgesagt haben.

Der andere Saz der sich über die Beweisart herausläßt, nemlich der Sz. 155 spricht ohne bestimmte Angaben, nur so viel sagt er, daß die Erklärung des Vermißtseyns durch vier Zeugen hinreiche, und darüber ein Kundbarkeitsschein von der Obrigkeit seines lezten Wohnsizes erfordert werde. Hiernach fällt zu a) die Zahl der sieben Zeugen weg, statt

deren eine Zahl von 4 eintritt, so wie zu f) durch die Natur der Sache die Frage, warum die Abwesenheit nicht durch öffentliche Bücher beurkundet werden könne, ausgeschlossen wird, von allen übrigen Erfordernissen findet, nicht immer eine buchstäbliche Anwendung, aber immer eine rechtsähnliche statt, und sie muß gemacht werden, weil durch die allgemeine Benennung: Kundbarkeitsschein, auf die frühere über dessen Form und Inhalt angegebene Regeln hinlänglich zurükgewiesen wird.

Hieraus lassen sich zugleich jene besonderen Erfordernisse, welche allein da statt finden, wo der Zweck ist, obrigkeitliche Handlungen damit zu begründen, von jenen scheiden, welche nothwendig sind, um Privatrechte damit zu beurkunden; nemlich zu a) daß mehr als zwey Zeugen seyen ist allgemein nothwendig; da nun, wo von Thatsachen die Rede ist, die ihrer Natur nach an einem Ort allgemein bemerklich werden müssen, wie z. B. die Abwesenheit erwachsener Personen, da genügen vier Zeugen; wo aber solche Thatsachen in Frage sind, die ihrer Natur nach nur wenigeren Personen bemerklich werden können, wie z. B. die Geburt eines Menschen, da sollen deren nicht unter sieben seyn, damit die Mehrheit der Glaubenden das Gegengewicht der minderen Bemerklichkeit mache; zu b) daß kein Unterschied des Geschlechts geachtet werde, ist allgemeine Eigenschaft der Beweiszeugen; zu c) daß keine Rücksicht auf Verwandschaft der Zeugen genommen werde, ist gegen die allgemeine Regeln, hat seinen Grund darinn, daß bey dem dort verordneten Gebrauch von keinen Gegenbetheiligungen, die gegen einander verfochten werden sollen, die Rede ist, und schlägt also da nicht an, wo strittige Privatrechte durch Folge der Kundbarkeit ent-

Digitized by Google

schieden werden sollen; zu d) die Bekanntschaft mit jener Person, welche in der zu beweisenden Thatsache befangen ist, und zu e) ihr Mitdaseyn, in Verhältniß zu Raum und Zeit mit der Thatsache, wovon die Frage ist, und zwar ein solches Mitdaseyn, das in ihre Mündigkeitsjahre also Zeugschaftsfähigkeit fällt, sind allgemeine Erfordernisse; dahin gehört ebenfalls zu f) die Bekanntschaft mit den Ursachen, warum der Beweis durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden kann, jedoch nur alsdann, wenn von solchen Verhältnissen die Rede ist, welche deren bedürfen, und wenn die Kunde dieser Ursachen nicht anderwärts her zu den Akten erhoben ist, zu g, h und i) die Vernehmung der Zeugen muß da wo für Privatsrechtsbegründung unmittelbar der Kundbarkeitsbeweis erhoben werden soll, nicht in dem hier gezeichneten Amtsweg, sondern in dem allgemeinen Weg der gerichtlichen Beweisverhöre vollführt werden, daneben muß k) der Kronanwald — der bey allen Standesverhältnissen amtsbetheiligt ist — hier wie dort darüber gehört werden.

2.

Einfreyung als Wohnsiz gebend.

Nicht selten geschieht es unter den gewerbtreibenden Ständen, daß der Mann zu der Frau einfreyet, das heißt, ihren Wohnsiz annimmt, und durch sie zum Orts- und Staatsbürgerrecht gelangt. In einer solchen Einfreyung wurde oft ein Grund gesucht, um deswillen es für stillschweigend

Digitized by Google

ausgemacht anzusehen sey, daß die Frau nicht nöthig habe dem Mann in jeden veränderten Wohnsiz zu folgen. Selbst jene Rechtslehrer, welche nicht so weit giengen, nahmen wenigstens an, es könne ein solches Nichtfolgen der Frau für etwaige künftige Entschließungen des Mannes zu Wohnsizveränderungen ausdrüklich bedungen werden, Hommel Rhapsodia Obs. 612. Nach der französischen Rechtsverfassung ist die Frau schuldig, „dem Mann allenthalben hin zu „folgen, wo er sich aufzuhalten für gut findet" Sz. 214, welches die badische Eheordnung nur so weit mildert, daß die Frau „in jeden neuen Niederlassungsort, den er zu erwählen sich ordnungsmäßig entschließt, unangesehen aller etwa dagegen gemachten Bedingungen, nicht aber in solche Orte, wohin Verbrechen oder Landflüchtigkeit zu gehen ihn nöthigt, ihm zu folgen habe, Eheordn. §. 26. Ueberhaupt darf kein Ehevertrag die Rechte schmälern, welche zu der Gewalt des Mannes über die Frau gehören, oder ihm als Haupt der Familie zustehen, Sz. 1388, indem solche als zur Handhabung der öffentlichen Ordnung und guten Sitten gehörig angesehen werden, wovon kein Vertrag eine Ausnahme begründen darf Sz. 6. Diesemnach kann Einfreyung weder durch ausdrükliches Geding noch stillschweigend einen nothwendigen und unabänderlichen Wohnsiz geben, obwohl sie für die erste Zeit und so lange der Mann keine Aenderung vornimmt, seinen Wohnsiz an den Einfreyungsort verlegt.

Digitized by Google

3.

Verlust der Ehevortheile durch Scheidungs-Ursachen.

Hatte eine Frau einen Ehebruch begangen, und der Mann ließ sich scheiden, so gewann er bisher den Brautschaz oder ein Viertheil des Vermögens, wo kein Brautschaz ausgesezt war: ob aber auch, wenn er ungeschieden geblieben, und nun eines von beeden verstorben war, die Erben noch diesem Verlust einklagen können, das ward im alten Recht sehr verschieden beurtheilt; manche verneinten es unbestimmt, andere gaben es da zu, wo diese Genugthuung als Einrede gegen eine Rükforderungsklage vorgebracht wurde, weil hier ihnen das päbstliche Recht zur Seite stand, noch Andere gaben es für beede Fälle zu, das heißt wo es klageweise oder einredeweise benuzt ward. Puffendorf P. III. Obs. 122. In unserm neuen Recht scheint diese Frage sehr einfach; dann in ihm ist der Verlust der Ehevortheile nicht auf den Ehebruch oder auf irgend eine Scheidungsursache, sondern nur auf die wirkliche Ehescheidung gesezt, und hat die Erkennung der Scheidung zur Bedingung, ohne welche nicht, Sz. 299. Wo der Tod erfolgt, ehe noch die Scheidung geschehen, oder wenigstens die Klage darauf eingebracht worden ist, wo folglich keine Klage auf Scheidung mehr angestellt werden kann, da fällt auch die nur als Nebensache und Anhang der Scheidung gegebene Ansprache auf den Verfall der Ehevortheile weg, so weit sie aus diesem Gesez abgeleitet wird. So richtig aber dieses ist, so erlangt die Sache dennoch im neuen Rechtsgebiete auch

Digitized by Google

noch eine andere Ansicht. Jede wirklich vorhandene Scheidungsursache, die der Schuldige giebt, und die immer auf eine Beschimpfung oder Mishandlung hinauslauft, ist nemlich eben so gewiß ein Undank an dem unschuldigen Ehegatten, vergl. Sz. 955 Abs. 2, als die Ehevortheile wahre Schenkungen sind. Nun ist aber gegen jede Schenkung die Undanksklage erlaubt; und gerade aus diesem Standpunkt oder aus jenem der Erbunwürdigkeit, leitete man vorhin die Befugniß der Erben ab, den Verlust der Ehevortheile geltend zu machen. Der Blick auf Erbunwürdigkeit kann im neuen Recht den Verlust nicht begründen, so natürlich auch er auf Ehevortheile als Folge aus ehebrecherischen Handlungen hervor zu gehen scheint, denn es erkennt der C. N. nur dreyen bestimmten Ursachen jene Wirkung zu, unter denen keine die Nichtachtung der ehelichen Pflichten auch nur als rechtsähnlich gebracht werden kann. Der Undank aber soll eine Schenkung unter Lebenden nur dann widerruflich machen, wann in Jahresfrist von Kenntniß der Ursachen der Widerruf dem noch lebenden Beschenkten angekündigt und gegen ihn eingeklagt wird. Gegen den Erben des Beschenkten kann der Widerruf niemals geschehen, und von den Erben des Schenkers nur alsdann, wenn ihnen das Widerrufsjahr noch läuft oder sie die Klage schon angestellt ererben, Sz. 957. Da nun jede Schenkung durch Heirathsvertrag eine Schenkung unter Lebenden ist, Sz. 1081. vergl. mit 1082., indem sie selbst dann, wann sie Rechte auf den Todesfall giebt, einen wahren Erbvertrag darstellt Sz. 1083; so können Ehevortheile des schuldigen Ehegatten zwar auch durch Widerruf der Erben des Unschuldigen ohne erfolgte Scheidung verfallen, aber nur alsdann wann der

Digitized by Google

Erblasser schon den Vorfall gerichtlich gerügt hatte, oder die Erben noch das Widerrufsjahr laufend antreffen, und der Erblasser mit seiner Ehefrau nach dem Ehebruch alle Bettgemeinschaft aufgehoben hatte. Sz. 272. a.

4.

Erbrecht der Mantelkinder.

Daß Mantelkinder, nemlich Kinder die unehelich geboren, aber durch nachgefolgte Ehe ihrer Eltern ehelich gemacht worden sind, gleich den ehelichen, erben, sagt der C. N. klar Sz. 331., und daß dieses auch in Bezug auf Stammgutserben richtig sey, folgt daraus weil der Sz. 577 cl des Landrechts nur angewünschte oder anerkannte Kinder vom Stammgutserbe ausgeschlossen erklärt, und der Sz. 577 cv ordnet, daß da wo in dem Kapitel vom Familieneigenthum keine Ausnahme geordnet ist, dem gemeinen Erbrecht nachgegangen werden solle. Aber ein sehr bestrittener Fall war es vorhin, ob die Mantelkinder, von deren Eltern Eines vor ihrer Ehelichmachung eine Ehe mit einer fremden Person eingegangen und Kinder erzeugt hatte, wenn nachmals nach Auflösung dieser Ehe sich beede uneheliche Eltern einander ehelichen, und dadurch die Kinder mit dem Mantel decken, ob, sage ich, jene uneheliche Kinder rückwärts ehelich werden, und somit den Kindern aus der vorigen Ehe im Stammgut, wo es etwa auf Erstgeburt ankommt, vorgehen. Die von Leyser XIX. Med. 1 — 3 angenommene

Meinung, daß sie den Kindern der vorausgegangenen Ehe nicht vorgehen können, ist diejenige, die unserm Landrecht allein angemessen ist. Dann 1) sezt dasselbe durch Sz. 337 fest, daß keine Anerkennung unehelicher vor der Ehe erzeugter Kinder mit bürgerlicher Wirksamkeit geschehen kann, während der Ehe, ja selbst nicht nach deren Auflösung, so oft Kinder aus derselben vorhanden sind. Da nun die Anerkennung eine wesentliche Grundbedingung zur Ehelichmachung ist, so wird leztere schon dadurch in den meisten Fällen ausgeschlossen, nemlich in all jenen, wo Kinder aus der voraus gegangenen Ehe vorhanden, und die uneheliche von denen die Frage ist, nicht etwa schon vor der Zeit der eingegangenen ersten Ehe anerkannt wurden. Aber auch da, wo diese frühere Anerkennung etwa geschehen ist, und mithin eine Ehelichmachung durch eine der ersten Ehe nachfolgende Heurath in so weit gedenkbar ist, da legt ihnen doch das Gesez keine weitere Rechte bey, als jene, die sie haben würden, wenn sie aus dieser Ehe geboren wären. Da nun diese Ehe die zweite in dem unterstellten Fall ist, und die aus dieser Ehe neu geboren werdende Kinder gegen jene der ersten Ehe kein Erstgeburtsrecht sich anmasen können, so steht dieses Recht eben so wenig denen durch den Mantel zu ihnen eingegriffenen unehelichen Kindern zu. Zwar geht die Macht der Rechtsdichtung, auf welcher die Ehelichmachung beruht, so weit, daß noch verstorbene Kinder im Grab dadurch ehelich werden Sz. 332; dessen ohnerachtet erlaubt diese Stärke uns nicht über den Buchstaben der Anwendung weg zu sehen, und ihnen eine mit jenem Buchstaben des Gesezes im Widerspruch stehende Rükwirkung zuzulassen, zumal da alle Rechtsdichtungen die Natur

möglichst nachahmen sollen. Erl. II. 84., mithin keine die widersinnige Wirkung erzeugen darf, daß eine Ehe, die in der Natur die Zweite ist, zugleich als ob sie die Erste wäre, angesehen und behandelt werde.

5.

Versehen der Vormünder.

Für Versehen eines Vormünders haftete in Rom er selbst stärker, als sein Erbe; er nemlich für gemeine, dessen Erbe nur für grobe, Cocceji C. L. XXVII. P III. Q.I. Diesen Unterschied kennt in dieser Beziehung der C. N. nicht; er stellt die Regel auf, daß alle Verbindlichkeiten für und wider die Erben (active et passive) sich vererben Sz. 1122 wo er eine Ausnahme gemacht wissen will, da bestimmt er sie namentlich Sz. 957. Eine solche hat er in Bezug auf die Klage gegen den Vormund nicht gemacht, sondern nur eine kürzere Versizung ihr zugemessen Sz. 475.; noch weniger hat er irgendwo jemals eine geringere Sorgfalt für die Verbindlichkeit der Erben als für jene des Erblassers, mithin eine Veränderung der Natur der Verbindlichkeit durch den Tod des Vormunds festgesezt. Diesem nach ist nicht zu bezweifeln, daß ein unverschuldetes Versehen, das stark genug war, um gegen den Vormund klagbar zu seyn, es auch gegen dessen Erben sey. Dazu aber wird nach dem C. N. die unterbliebene Sorgfalt eines guten Hausvaters nach Sz. 450 — was diese sey s. Erl. III. S. 88. — erfordert, jedoch mit der Einsicht, daß Nüzlichkeit des

Digitized by Google

Zweks, welche oft von einer Unnüzlichkeit der Mittel und des Erfolgs begleitet seyn kann, noch hinreichet Sz. 471. anstatt daß man gewöhnlich für die Nüzlichkeit der Mittel, so gut wie für jene des Zweks, haften muß, womit dann die Ersazverbindlichkeit sich um vieles derjenigen nähert, welche ein Vorsichtserbe hat, der nur für grobe Versehen haftet, zu welcher Annäherung der Grund darinn hinlänglich zu finden ist, daß beede ein ganzes Vermögen zu verwalten haben, das schwer zu übersehen ist, und daher Täuschung in der Ansicht der Mittel zu, an sich guten Zwecken, verzeihlicher macht.

6.

Vormundschaftlicher Liegenschafts-Erkauf.

Der E. N. sezt dem Vormund Schranken im Verkauf der Liegenschaften des Mündels Sz. 457., über den Erkauf verordnet er nichts; denn das Verbot der liegenschaftlichen Klagen Sz. 464 hat seinen Grund nicht in einer Besorgniß, daß aus den Klagen ein Erwerb eines Grundstüks folgen möchte, sondern darinn, daß sie zur Veräusserung eines solchen hinführen können. Das aber gebietet jenes Gesezbuch, daß der Vormund Uebererspariſſe auf jenen Erwerb anlegen solle Sz. 455., worunter nicht blos Geldzins sondern jeder Vermögens-Ertrag, auch der aus erworbenen Liegenschaften verstanden wird Sz. 1067: hiedurch ist ein vernünftiger Liegenschaftserwerb dem Vormund ohne Beschränkung erlaubt. Erl. I. S. 319 II. S. 489. Wie aber wenn der Vormund

Digitized by Google

Liegenschaften in seinem eigenen Namen erkauft, solche aber aus des Mündels Geld bezahlt? Für diesen Fall gab das Justinianeische Recht dem Mündel ein Eigenthum an dem Gut, Carpzov II. Const. XX. Def. 21. Das Napoleonische weiß nichts davon, es läßt das Eigenthum weder durch die Uebergabe, noch durch die Preiszahlung, sondern lediglich durch die Uebereinkunft übergehen Sz. 1138 und 1583, also kann es allein auf denjenigen kommen, mit welchem die Vereinbarung über Lieferung und Preiszahlung zu Stande kam. Auch hatte das französische Recht bey seinen sorgfältigen PfandrechtsEinrichtungen nicht nöthig mehr zu thun, um dem Mündel hinlänglich vorzusehen, weil durch den Erwerb das Gut unmittelbar und ohne daß es einer Eintragung bedarf, dem Mündel für seine Forderung verhaftet wird Sz. 2135., mithin ihm dadurch für seine Kaufschillings-Vorschußforderung alles dasjenige zu Theil wird, was er mit Billigkeit begehren kann.

7.

Gesichtspunkte für Rechnungsablagen.

I. Rechnung — so pflegte man ehemals zu sagen — ist demjenigen abzulegen, der die Verwaltung aufgetragen hat, Mevius VII. Dec. 177; wo es diesem nicht geschehen kann, dem Eigenthümer. Richtiger sagt man, jene Rechnung deren Ablagsschuldigkeit aus Standespflichten oder Halbvertragsverbindlichkeiten fließt, ist stets dem Eigenthümer des verwalteten Guts oder seinem Rechtsvertreter abzulegen;

Digitized by Google

ob aber ihm allein oder unter Zuzug anderer Personen, etwa selbst des Richters, das hängt von Umständen ab, vergl. Sz. 469—473, 480, 803: solcher Rechnungsablagen aber, wozu die Schuldigkeit aus Verträgen fließt, muß sich jeder gegen denjenigen entledigen, der ihm die Verwaltung auftrug, oder gegen dessen Rechtsfolger Sz. 1993.

II. Wo derjenige in Zeiten nicht zu finden ist, dem man Rechnung schuldig ist, wohin dann auch der Fall gehört, wann ein Rechtsstreit es strittig macht, wer der berechtigte Rechnungsabnehmer sey, da räth eine alte Vorsichtsregel, man soll sie dem Richter ablegen Mev. VIII. Dec. 94. Jezt muß man ihm rathen, einem für diesen Vorgang vom Richter zu erbittenden Rechtsbeistand des Abwesenden oder Unbekannten sie abzulegen, Sz. 113.

III. So wie ehemals Mevius VI. Dec. 84, Heiger I. Quæst. 20. No. 8., also jezt noch, macht eine Vermögensverzeichnung die Grundlage aller Rechnungsstellung aus, Sz. 113, 451, 794 vergl. mit 803, 1031.

IV. Jeder kann eine Rechnungsablage betreiben, der auch nur eine mittelbare Betheiligung bey dem Erfolg einer richtigen Verwaltung hat, daher auch jedes einzelne Mitglied einer Gemeinde. Hommel. Obs. 95.

V. Die Rechnungskosten liegen demjenigen ob, für den die Rechnung zu stellen, oder dem der Vermögensertrag gehört Sz. 471, 810. Wer dem Rechnungsführer sie aufladen will, muß daher einen Specialtitel dazu darlegen. Berger Dec. 371. Mevius II. 28. V. 400.

VI. Ein besonderer Verwaltungsgerichtsstand fällt in der Regel weg, da ihn kein Gesez begünstigt. Erl. V. § 1072.

Digitized by Google

8.

Klagen der Gläubiger des Mündels gegen den Vormund.

Der C. N. gibt zwar die Grundzüge an, worauf die Verantwortlichkeit eines Vormunds gegen den Mündling beruht, und die Klage, womit sie geltend zu machen ist Sz. 450—475. Aber von einem Recht der Gläubiger des Mündels unmittelbar auf den Vormund zu greifen, erwähnt er kein Wort. Dennoch finden wir in der alten Rechtsverfassung mehrere Fälle dazu; Ludolf I. Obs. 10. zählt deren zehen auf, wo ein gegen den Mündling erlangtes Urtheil unmittelbar auf Güter des Vormunds den Zugriff wirkte; Wie ist es jezt mit diesen Fällen? Die dort erzählten sind 1) wenn der Vormund die Güter des Mündlings den Gläubigern verheimlicht; 2) wenn er die mit Beschlag von ihnen belegte Gelder an sich zieht; 3) wenn er gute Ausstände desselben ungiebig werden läßt; 4) wenn er bey Antretung ihrer Erbschaften das Nöthige nicht beobachtet; 5) wenn er einen Mitvormund ohngerügt übel wirthschaften läßt; 6) wenn er selbst nachlässig die Güter des Mündels verwaltet; 7) wenn er für dessen Verbindlichkeiten gutsprach; 8) wenn er in eigenem Namen über des Mündels Güter oder Rechte den Streit auf sich genommen hat; 9) wenn durch sein Verschulden der Gegenstand des Zugriffs untergegangen ist; 10) wenn er wissentlich Namens des Mündlings dessen Gläubiger in muthwilligen Rechtsstreit verwickelt hat.

Die Säze 1. 2. 9. 10. beruhen offenbar auf unrechten Thaten oder auf Versehen und Vergehen, die nicht allein ein

Vormund sondern auch jeder Dritter begehen kann, und wodurch ein solcher alsdann nach Sz. 1382 und 1383 dem Beschädigten zur Entschädigung verbindlich wird: Da nun die Vormundschaft kein Freybrief ist, um ungestraft Unrecht zu thun, so läßt sich nicht bezweifeln, daß auch gegen ihn jene Ersazklagen in einem solchen Fall statthaft seyen. Eben so sind die Fälle 7. und 8. solche, wo jeder Andere aus seiner Einwilligung kraft Vertrags oder Halbvertrags verbindlich wird. Auch hier muß es daher der Vormund ebenso werden, und zwar für sich und auf sein Vermögen, weil er für sich und auf seinen Kopf eingewilligt hat. Der Fall 5. kann in der alten Art nicht mehr vorkommen, weil man keine Nebenvormünder hat, ausser wegen Vermögen in verschiedenen Landen, wo alsdann aber keiner für den andern verantwortlich ist Sz. 417., und gewissermaßen bey Vormundschaften über Stiefkinder, wo aber Mann und Frau alsdann nur eine Person ausmachen und sammtverbindlich werden Sz. 396. mithin von einer Pflicht hülfsweise zu haften keine Frage seyn kann. Nur die Fälle 3. 4. 6. sind von etwas schwierigerer Beschaffenheit. Zwar gehen auch sie aus Versehen aus, aber nicht aus solchen die unmittelbar gegen den Gläubiger begangen werden, sondern aus solchen die unmittelbar den Mündel treffen und nur folgweise dem Gläubiger Nachtheil bringen, weswegen also wohl dem Mündel, aber nicht unmittelbar dem Gläubiger eine Ersazklage zuzuwachsen scheint. Allein mag dieses immer seyn, so beweiset es mehr nicht, als daß ein Gläubiger, der anderwärts am Mündel sich erhohlen kann, jene Ersazklage nicht anstellen könne. Sobald er keine andere Ersazgegenstände im Vermögen des Mündels vorfindet, so läßt der Sz. 1166 keinen Zweifel übrig, daß

er von wegen des Mündels zu seiner Befriedigung die Entschädigungsklage anstellen könne, zumal da die aus Gelegenheit der Unterpfands-Eintragungen gegebene Vorschriften Sz. 2136 und 2137 genügsam bezeugen, wie es des Gesezgebers Wille sey, daß aus versäumten Pflichten des Vormunds nicht nur dem — in jenem Unterpfandsfall wegen Gültigkeit des Unterpfands ohne Eintragung niemals gefährdeten Mündel, sondern vornemlich dem dadurch beschädigten Gläubiger die Entschädigungsklage zukomme.

Hingegen so weit würde man jezt nicht gehen dürfen, um den Zugriff aus einem gegen den Mündel ergangenen Urtheil nun um solcher Ursachen willen geradezu auf Güter des Vormunds zu übertragen, da nach dem C. N. auch klare Brief und Siegel auf andere als die darinn genannte Personen, wenn sie schon unzweifelhaft unter dem Gebiet des in der Urkunde verzeichneten Rechtsgeschäfts stehen, wie z. B. Erben, nicht ausgedehnt werden dürfen, ehe daraus neue Anforderung an sie gemacht ist Sz. 877. und 2214, weswegen noch viel weniger dieses bei gar nicht einbegriffenen Personen angeht, wohin in obigem Fall der Vormund gehört, der in Bezug auf solche Urtheile eine dritte Person ist, auf welche sich die Rechtskraft nie ausdehnt Sz. 1351. Hier bleibt es bey der für unsern Fall nirgends aufgehobenen Regel, daß der Richter einen Beklagten erst hören und rechtskräftig verurtheilen müsse, ehe er endgültig auf ihn zugreifen kann Sz. 2217.

9.

Wirkung weiblicher Quittungen ohne Beistand.

Das badische Landrecht erfordert die Beywirkung eines Beistands nicht blos zu allen Rechtsgeschäften der Frauenspersonen, sondern auch zur Ausstellung aller Urkunden über Rechtsgeschäfte Sz. 515. a., es bezieht diese Forderung sowohl auf die Urkunden über auflösende Rechtsgeschäfte, als auf diejenige, die übernommene Verbindlichkeiten betreffen Sz. 515 k., und es sezt auf die Unterlassung eine, jedoch nur für die Frauensperson und ihre Erben klagbare, Nichtigkeit Sz. 515 i. Unstrittig trifft dieses auch jene Quittungen der Frauenzimmer, die ausserhalb Haushaltungsgeschäften von ihnen ausgestellt werden, als eine Art der Urkunden über auflösende Rechtsgeschäfte. Carpzov. II. Const. 15. Def. 3. Nun entstand die Frage in einem gegebenen Fall, wie weit eine solche Quittung nicht noch zulässig sey, a) als schriftliche BeweisEinleitung um dadurch Zeugenbeweis einzuführen in Sachen, worinn sonst keiner zulässig wäre, oder b) als richterlicher Vermuthungsgrund, um darauf dem einen oder dem andern Theil einen NothEid aufzulegen. Zu a) die einleitende Kraft schien zwar das gegen sich zu haben, daß α) der Sz. 515 i bestimmt Nichtigkeit zur Folge giebt, welche α die durch das I. Einführungsedikt Art. XVIII ausdrücklich beybehaltene badische Beistandsordnung (im Regierungsblatt vom Jahr 1808. No. 3 § 22 noch weiter dahin erklärt daß

„auf die vom Beistand nicht mit unterschriebene schrift-
„liche Aufsäze, als auf nichtige Handlungen in Gerich-
„ten gegen die Weibspersonen nicht geachtet noch

„erkannt werden, sondern der, welcher daraus An-
„sprüche ableitet, anderwärts her die Richtig-
„keit und Rechtmäßigkeit derselben erweisen soll"
sodann β) daß der Sz. 1347, der die einleitende Kraft der Urkunden einführt — von denen das alte Recht nichts wußte — vermöge des Zusammenhangs mit dem vorhergehenden, dabey nur solche Urkunden im Auge hat, welchen einige Mängel der Form im Wege stehen, und deswegen nicht wohl auf Urkunden bezogen werden könne, denen Mängel der Willensfähigkeit des Erklärenden ankleben, wie dann eben darum zu γ) wohl niemand der Schrift eines entmündigten Wahnsinnigen oder eines unmündigen Kindes eine einleitende Kraft vergönnen würde. Dennoch behauptet man diese einleitende Kraft der Urkunden, welche Frauenzimmer ohne Beistand ausgestellt haben, mit besserem Recht. Denn zu α) die im Landrecht ausgesprochene Nichtigkeit trift nur diejenige Schriften, die als Urkunden über Rechtsgeschäfte benuzt werden Sz. 515 a, und erklärt sie also auch nur in dieser Hinsicht für ungültig; und die Beistandsordnung, welche zu einer Zeit ergieng, wo man von jenem Bedürfniß des Anfangs oder der Einleitung eines Schriftbeweises noch nichts wußte, will nur in so weit auf jene nicht verbeiständete weibliche Urkunden von den Gerichten nicht geachtet wissen, daß der Beweisführer seinen Beweissaz anderwärts her, und zwar in Bezug auf alle Umstände, sie mögen die Richtigkeit oder die Rechtmäßigkeit des Rechtsgeschäfts betreffen, führen müsse. Diesem Befehl geschieht auch dann noch seine nöthige Ehre, wenn man einer solchen Quittung die

einleitende Kraft zuerkennet, denn diese sagt nicht mehr als, daß der Beweisführer durch sie die sonst versagte Erlaubniß erhalte, durch andere unvollkommene Beurkundungsmittel seinen Beweis herzustellen; sie sagt also damit eben auch, daß diese Urkunde noch kein Beweis sey, und daß der welcher sie für sich hat, seinen Beweis anderwärts her entlehnen müsse, und diese Kraft besteht daher wohl mit jener Stelle der Beistandsordnung; sodann zu β) der gedachte Sz. 1347. gewährt die einleitende Kraft bestimmt jeder Schrift, die von demjenigen herrührt „wider welchen die „Forderung gerichtet ist, und die angeführte That wahr„scheinlich macht" Unter diese allgemeine Ausdrücke fällt nun auch eine solche Quittung einer Frau, die sie ohne Beistand ausgestellt hat. Denn da die Nothwendigkeit eines Beistandes nur ein bürgerrechtliches Erforderniß ist, welches das Naturrecht nicht kennet, so kann der niedergeschriebenen Aussage einer Frau gegen sich selbst, die Kraft eine darinn anerkannte Thatsache wahrscheinlich zu machen, um so weniger abgesprochen werden, als man ja auch das Zeugniß einer Frauensperson gegen Andere zuläßt, und ihm sogar so viel Kraft als jenem einer Mannsperson zulegt, nemlich eine Hauptvermuthung darauf zu gründen, welchem nach es folgewidrig seyn würde, wenn man der Aussage einer Frau wider sich selbst, die Kraft etwas wahrscheinlich d. i. natürlich glaubwürdig zu machen, absprechen wollte, man hat in dieser Lage ganz kein Recht von den allgemeinen Ausdrüken, womit die einleitenden Schriften bezeichnet sind, jene Quittung auszuschließen Sz. 6 a und 6 b, welche von Frauens-

Digitized by Google

personen ausgestellt und die von einem Beistand nicht unterzeichnet sind, dagegen beruft man sich vergeblich zu γ) auf Beyspiele von Schriften der Narren oder Unmündigen, um zu beweisen, daß jede Schrift, welche Mängel der Willensfähigkeit hat, auch zu Beweiseinleitungen nicht gebraucht werden könne, denn dort ist der Mangel ein natürlicher Willensfehler, den freilich kein Gesez heben kann, und dessen Abwesenheit als nothwendiges Erforderniß der Gültigkeit daher aller Orten voraus zu sezen ist, auch wo ihrer das Gesez nicht ausdrüklich erwähnt; aber bey dem weiblichen Geschlecht ist der Mangel der Rechtsmächtigkeit nur ein bürgerrechtlicher, der eben deswegen nirgends wirksam seyn kann, als wo ihm das Gesez seinen Wirkungskreis geöffnet hat, das ist aber mit Bezug auf die blos einleitende Kraft nirgends geschehen, und würde hier gerade so unnatürlich seyn, als es bey jenen Urkunden der Gemüthsschwachen oder Unreifen umgekehrt natürlich ist.

Hiermit sollte man nun freilich meynen es sey zu b) auch entschieden, daß einer solchen Urkunde eine einem Notheid Plaz machende Vermuthungskraft beygelegt sey, weil die Zulassung eines unvollkommenen Beweises, welche auf einleitende Schriften folgt, gerade aus dem Grunde ausgeht, daß durch sie der Beweissaz schon wahrscheinlich gemacht sey. Denn — so möchte man denken — jede Wahrscheinlichkeit ist gegenständlich genommen (objective) das, was in Bezug auf das Gemüth, dem sie einleuchtet (subjective), Vermuthung heißet; allein zwischen beeden ist immer noch in der Rechtssprache ein großer Unterschied, denn nur jene Thatsachen, denen ein bürgerliches Gesez ihre Schluß-

folgerichtigkeit nicht entzogen hat, und woraus daher eine Obrigkeit auf eine andere unbekannte Thatsache noch schließen darf, heissen Vermuthung Sz. 1349 vergl. mit 1353, daher manches wahrscheinlich (natürlich genommen) seyn kann, was nicht muthmaßlich (rechtlich genommen) genannt werden darf. Betrachtet man nun eine solche Urkunde, die nur einleitende Kraft hat nach dem Code Napoleon, so folgt eben daraus, daß sie bestimmt ist, Beweisen Platz zu machen, daß durch sie allein noch etwas für auch nur einigermaßen bewiesen nicht gelten sollte, mithin auf sie allein auch ein NothEid nicht gebaut werden dürfe; hierzu gehört, daß in rechtlichem Sinn, wenn gleich nicht alles, doch etwas erwiesen sey Sz. 1367. Würde man den einleitenden Urkunden eine Befähigung zuerkennen, selbst als Beweisstück zu gelten, so würden sie in allen Fällen aufhören Einleitung unvollkommener Beweise zu seyn, sondern würden geradezu als Einleitung eines NothEids haben erklärt werden müssen. Betrachtet man die Sache nach obigen Stellen der badischen Landesgesetze, so ist es vollends unläugbar, daß wenn der Richter auf sie gar nicht achten, und der Beweisführer anderwärts her seine Beweise hohlen solle, eine solche Quittung von ihm nicht für eine bekannte, d. i. hinlänglich bewiesene Thatsache angenommen werden dürfe, um auf eine unbekannte daraus zu schließen, was doch zu einer Vermuthung erfordert wird Sz. 1349., und daß überhaupt sie nicht einer Vermuthung zum Grund gelegt, und damit als Hülfsbeweis benuzt werden dürfe, wenn man will sagen können, man habe sie nicht geachtet, und die Beweise anderwärts her entnommen. Dieses alles wird dadurch zur Augenscheinlichkeit, daß die Eidesordnung § 7. verbietet,

Digitized by Google

einen NothEid aufzulegen, sobald der Beweisführer schuld ist, daß es am gehörigen Beweis mangelt; denn eine solche Schuld trägt jedesmal der, wer von einer Frauensperson ohne Beistand eine Quittung nimmt.

10.

Fall einer Unbeweglichkeit der geschnittenen Frucht.

Drey Wochen vor der Erndte verkauft A an den B die Früchte seiner Aecker mit schriftlicher Urkunde, und übergiebt sie ihm mit Halm und Hand, erhält auch den Kaufschilling: sechs Tage vor der Erndte verkauft er sie nochmals an C ebenfalls schriftlich, jedoch ohne bildliche Uebergabe, und erhält ebenfalls den Kaufpreis. Gleich am ersten Erndtemorgen kommt C und schneidet sie; als am zweiten Morgen B kommt und den C bey der Frucht beschäftigt findet, stellt er wider denselben eine BesitzEntwährungsklage an, die um so heftiger betrieben wird, weil gleich am dritten Erndtetag der A sich zahlungsunfähig erklärt, und beede Käufer bemerken, daß derjenige der die Frucht nicht davon trägt, aus der Gant nichts retten werde. B sezt seinen Klaggrund darinn, daß die Frucht auf dem Halm unbeweglich Gut sey Sz. 520, daß sie ihm zuerst bildlich übergeben worden sey, daß er sogar als erster Käufer das stärkere Recht habe, da er früher Eigenthümer geworden sey Sz. 1138, wiewohl er in jezigem Besitzstreit dieses nur beiläufig gesagt haben wolle, ohne sich darauf zu gründen. B hingegen strüzt seine Klagbeantwortung darauf, daß zur Zeit der Klage die Frucht geschnitten gewesen sey, also beweglich Gut darstelle, Sz. 520.

auf dieses aber keine Besizklagen statt finden, Erl. I. Sz. 400. weil Besiz dem Innhaber statt Rechtsurkunde gilt Sz. 2279; daß er im natürlichen Besiz sey, welcher dem bildlichen vorgehe, sobald (wie hier) beede in redlicher Weise ihn ergriffen haben Leyser CCCCXLIV Med. 4., und daß er sogar im Anspruchswe; das bessere Recht habe, weil in Fahrnißstücken der jün ere Kauf vorgehe Sz. 1141. In dieser Lage des Streits kam alles auf zwey Fragen an, nemlich ob die Erndte hier als fahrende Haabe oder als Liegenschaft zu betrachten sey, und ob die natürliche Besiznahme der bildlichen auch nach Napoleonischem Recht noch vorgehen könne. In Bezug auf die leztere Frage s. unten St. 174., was aber die erste Frage betrifft, so ward geurtheilt, daß die Frucht in jezigem Streit als liegend zu betrachten sey. Denn a) zur Zeit des ersten Kaufs war sie obnstrittig liegend; b) auch zur Zeit des zweyten Kaufs war sie es noch; c) zur Zeit dieses lezten Kaufs war der erste Käufer schon rechtmäßiger Besizer, weil ihm die Sache auf eine denen Säzen 1605 und 1606 genügende Art übergeben war; d) der Verkäufer, ohnerachtet er den Acker und mit ihm die darauf stehende Frucht noch inne hatte, war dabey in Bezug auf Leztere nur Aufbewahrer Sz. 1136, 1137 und 1614; e) die nachherige Besiznahme durch Betretung des Ackers zum Schneiden — wenn sie ohne Wissen und Willen des Verkäufers geschah, war eine Eigenmacht, die nur einen fehlerhaften Besiz giebt Erl. I. S. 409, und wenn sie mit dessen Willen geschah, so war sie zwar in Bezug auf den B fehlerlos, aber in Bezug auf den A als den ersten Käufer, blieb sie immer eine Entfremdung des Besizes, Erl. III. S. 71., gab folglich dem C nur einen

schwächern Besiz als der war, den B von ihm empfangen hatte; dieser allein steht in der Gewähr des Besizes, und konnte also die BesizEntwährungsklage anstellen, als C durch sein Betreten des Ackers in der Absicht die Frucht zu schneiden, den natürlichen Besiz nahm, wo damals die Frucht noch nicht geschnitten war: ist aber dieses, so konnte f) der C damit, daß er die in Besiz genommene Frucht durch das Schneiden entliegenschaftete, dem B das einmal zugewachsene Klagrecht einseitig nicht entziehen: folglich muß diese Frucht noch in diesem Prozeß als liegenschaftlich fortbehandelt werden, da niemand sich selbst die Natur seines Besizes ändern kann Sz. 2240.

II.

Fahrende Eigenschaft der GewerbLaden.

In Bezug auf Unterpfandsverhältnisse kommt oft die Frage vor, ob GewerbLaden, Apothecken u. d. gl. Liegenschaften oder fahrende Haabe seyen. Für die Unbeweglichkeit wurde angeführt, a) daß sie nicht bestehen könnten, als in eigens dazu eingerichteten GebäudeTheilen, daher als Zugehörden der dazu eingerichteten Häuser anzusehen seyen, und b) daß das zu GewerbGebäuden gewidmete Geräthe nach Sz. 524 unbeweglich sey. Allein dennoch sieht man solche mit Grund für Fahrniß an, vorausgesezt, daß hier von der Waarensammlung, nicht von ihrem Behälter die Rede ist. Denn zu a) daß die Waaren und die WaarenBehälter, als Büchsen, Kisten u. s. w. in Gebäuden aufbewahrt werden, ist aller andern Fahrniß auch eigen, und vieler darunter ist es nicht weniger

eigen, daß für deren Aufbewahrung besondere Zurichtungen im Gebäude sind, z. B. für Keller- und KüchenGeräthe und Vorräthe, die dennoch deswegen niemand für Liegenschaft hält; sodann zu b) wo das Gesez das Geräthe durch Widmung für liegenschaftlich erklärt, da spricht es von Gebäuden, die eigens für Gewerbe errichtet, mithin durch ihren Bau dafür bestimmt worden, als Hüttenwerke, Hammerwerke u. s. w., und von darinn nothwendigem Gewerbgeräth Sz. 524: dieses kann auf jenes GewerbGeräthe nicht angewendet werden, das bey solchen Wohnhäusern sich findet, die nicht für sich selbst schon GewerbHäuser sind, sondern es nur werden durch den zufälligen Gebrauch, den der Eigenthümer für sein persönliches Gewerbe davon macht; bey solchen kann nur das GewerbGeräthe als Zugehörde des Hauses in jenen RechtsGeschäften angesehen werden, wo das Haus namentlich dabey, als zum bestimmten Gewerb eingerichtet, in den Handel käme Sz. 535 a, mithin da dieses nicht nothwendig seyn muß, sondern jedes Wohnhaus, auch ohne daß es als Gewerbstätte in den Handel komme, seine durch den Bau oder den äusserlichen Anblick ersichtliche Bestimmung erreichen kann, würde solches Geräthe dadurch nur beziehungsweise in jenem RechtsGeschäft, nicht an und für sich und für alle Fälle zur Zugehörde; das leztere konnte sie nicht anders als durch Verliegenschafftung werden Sz. 526 a. Ohnehin würden c) jene Gründe, selbst wenn sie treffend wären, nur den WaarenBehälter z. B. die LadenTische, die ApothekerBüchsen, nicht die Waaren selbst treffen, denn diese sind weder für das Gebäude gewidmet, noch im Sz. 524 genannt, und kein Mensch z. B. wird mit der Kelter auch den Wein, und mit den Hämmern auch das

Digitized by Google

Erz für liegenschaftliche Zubehörde ansehen. Ueberhaupt d) wenn der Sz. 531 sogar alle jene Gewerbsanlagen, die nicht mit Pfählen an dem Boden festgemacht, noch Theile eines Hauses sind, für beweglich erklärt, so muß das noch vielmehr von solchem GewerbGeräth gelten, das gar nicht einmal zur Anlage des Gewerbs gehört (worunter nur Baulichkeiten verstanden werden) und am allerwenigsten kann vollends der darinn zum stets wandelbaren und verzehrenden Gebrauch aufbewahrte Gewerbstoff, oder die Waarensammlung, für unbeweglich Gut gelten, die selbst da nicht Zubehörde eines Hauses seyn würde, wo das Haus ausdrüklich mit seinem eingerichteten Kramladen oder seiner Apothecke in dem RechtsGeschäft vorkäme, ohne daß ausdrücklich der MitEinschluß des Waarenvorraths gedacht wäre: indem hier nur das Geräthe, nicht der Vorrath für Zugehörde erklärt ist Sz. 535 a.

12.

StaatsEigenschaft der Flüsse.

Nach voriger Sitte entschied man hier und da die Frage, ob ein fließendes Wasser Staats- oder PrivatGut sey, im Zweifel darnach, ob es innerhalb der Markung eines Guts entspringe und sich endige: über alle jene, bey welchen dieses der Fall nicht ist, stellte man die Rechtsvermuthung auf, sie seyen öffentliches Gut. Hommel. Rhapss. Obs. 231. Diese Rechtsvermuthung kann nicht mehr in Betracht kommen, nachdem der C. N. ein anderes UnterscheidungsMerkmal aufgestellt hat, nemlich die Flozbarkeit. Erl. I. S. 391. Nunmehr muß man daher jeden nicht flozbaren Bach, auch da wo

Digitized by Google

er durch mehrere Markungen fließt, als PrivatEigenthum folglich natürlich als ein durch die MarkungsGrenzen mit abgetheiltes MarkungsEigenthum der betreffenden Gemeinden. vergl. Sz. 542, so lange halten, als nicht eine andere Art der privatrechtlichen oder StaatsBetheiligung dabey erworben ist.

13.

Besiz der Gemeinden durch einzelne Gemeindsglieder.

Daß Gemeinden durch ihre verfassungsmäsige Verwalter oder Vertreter, so wie ein jeder durch einen Gewalthaber, einen Besiz erwerben und verlieren können, ist anderwärts schon bemerkt. Erl. V. § 300 und 302. Damit allein ist jedoch die Frage noch nicht ausgemacht, ob dieses und wie weit auch durch einzelne Gemeindsglieder geschehen könne. In Bezug auf sie muß man die Frage in doppelter Beziehung beleuchten, einmal in Hinsicht auf Allmendgut oder Bürgerschulden (res universitatis communes) zum andern auf Gemeindsgut und Gemeindsschulden (res universitatis patrimoniales). Man muß dabey das II. Konstit. Ed. von den Gemeindsverfassungen zur Hülfe nehmen, da der C. N. die Gemeindsrechte fast ganz dem Staatsrecht heimgewiesen hat. Allmendgut ist jenes, das zu gebrauchen jedes Gemeindsglied ein Recht hat, oder mit andern Worten, dessen Genuß den einzelnen Bürgern angehört: dem gegenüber steht Bürgerschuld, d. h. Verbindlichkeit die dem Einzelnen nur als Theil des Ganzen aufliegt. II. K. E.

§ 2. Da der Gebrauch oder Genuß einer Sache, so gut wie das Innhaben zur Grundlage des Besizes geeignet ist, L.R. Sz. 2228: so geht hieraus hervor, daß derjenige, der irgend einen Genuß von Allmendgut zieht, einen doppelten Besiz ausübe, einmal einen Besiz seines Bürgerrechts, als einer ihm angehörigen Sache, zum andern einen Besiz des Allmendeigenthums, als einer der Gemeinde gehörigen Sache. Eben so wer eine Bürgerschuld, z. B. einen Mößnerlaib einfordert, der greift den andern in seinem Beutel an, der ihn allein angeht, und in seiner Gemeindseigenschaft, bey welcher die ganze Gemeinde mit betheiligt ist; beede Eigenschaften sind jedoch unzertrennlich mit einander verbunden: indem daher die Gemeinde ein Glied zu ihrem Bürger aufnimmt und ihm dadurch das Recht giebt, ihr Allmendgut mit zu genießen, giebt sie ihm damit kraft nothwendiger Folge auch den allgemeinen Auftrag, den Besiz ihres AllmendEigenthums auf diesem Wege zu üben. Jede Handlung die ein solches Gemeindsglied in Nießung der Allmende verrichtet, ist daher ein Ausfluß eines für eigenen und fremden Nuzen zugleich habenden Auftrags (mandati in rem communem, seu propriam et alienam). Hieraus ergiebt sich die Folge von selbst, daß auch durch die Genußhandlungen eines einzigen Gemeindeglieds der Gemeinde ein Allmendsbesiz, z. B. das Marklosungsrecht oder das Weidrecht auf einer anstoßenden Hofmarkung, erworben werden könne, und bei übrig gleichen Umständen wirklich erworben werde, so lang die Gemeinde nicht durch einen ordnungsmäsigen Gerichts- oder GemeindsSchluß, vergl. II. K. E. §. 3. den Handlungen ihres Mitbürgers widerspricht, und damit die Erstrekkung jener Allmendberechtigung auf das in Frage stehende

Recht, oder in Frage befangene Grundſtück für eine Ueberſchreitung der Gewaltsſchranken erklärt, vergl. Sz. 1998. Etwas anders ſieht es mit dem Verluſt des Beſizes aus. Wenn ein einzelner Bürger in dem Genuß geſtört wird, indeſſen andere ruhig fort genießen, ſo iſt damit die Gemeinde als Gewaltgeberin in ihrem Beſiz noch nicht geſtört, weil ſie ihn durch die andere Bürger als ihre Gewalthaber fortgeſezt hat: ſelbſt alsdann wenn andere aber nur aus Privatbequemlichkeit den nemlichen Allmendgenuß nicht gemacht, doch aber auch nichts ihm widriges unternommen hätten, würde die Gemeinde einen zuvor gehabten Beſiz durch jenes Unternehmen wider einen einzelnen Bürger nicht verlieren, weil jedermann weiß oder wiſſen muß, daß der einzelne Bürger wohl zum Genieſſen, aber nicht zum Veräuſſern der Allmendsrechte mittelſt ſeines Bürgerrechts Gewalt empfängt, folglich deſſen Stillſizen, ſobald es für eine Abſicht, nicht zu beſizen, ausgelegt werden würde, als eine Uebertretung ſeiner Gewaltsſchranken der gewaltgebenden Gemeinde nicht ſchaden könnte. Wenn hingegen der Dritte, der einen Gemeindsbeſiz beſtreiten will, zuvor der Gemeinde in ihren Vorſtehern kund gethan hätte, daß er einen ſolchen Allmendgenuß nicht leiden wollte, oder wenn das gehinderte Gemeinds Glied der Gemeinde die Störung kund gethan hätte, und dieſe nachmals weder durch ihre übrige Mitglieder eine Fortübung, noch durch eine Beſiz Entwährungsklage eine Handhabung veranſtaltete; unter dieſen Umſtänden könnte ſie allerdings auch durch einen einzigen Bürger ihren Beſiz verlieren, wiewohl hier immer der Verluſts Grund nicht in deſſen Nachläſſigkeit, ſondern in ihrer eigenen liegt. Uebrigens iſt hierbey nicht jedes weitloſe Wiſſen, das einzelne Gemeindsglieder aus

Hörenſagen

Hörensagen haben mögen, hinlänglich, um eine Nachlässigkeit der Gemeinde anzunehmen, vergl. Wernher VII. Obs. 224, sondern es muß solches entweder wie obgedacht aus einer Kundmachung, oder aus der häufigen gegen verschiedene Gemeindsglieder wiederholten Störung, abgeleitet werden, damit diese dadurch deutlich als eine nicht aus einzelnen Verhältnissen gegen den Gestörten ausgehende, sondern auf die BürgerEigenschaft Bezug habende Unternehmung vereigenschaftet, auch zu einer ortskundigen Sache geworden sey. Leyser CCCCLIII. Med. 7.; kurz, es muß ein zuverlässiger Grund da seyn, eine Nachlässigkeit der Gemeinde selbst in dem Vorgang zu finden. Dieses nemliche ist der Fall da, wo der Besiz einer Gemeindsschuldigkeit aus Rechtsübung gegen einzelne Gemeindsglieder erwiesen, mithin dadurch ein Verlust der Gemeindsfreyheit bezweckt werden soll.

Der andere Fall, wo nemlich von Gemeindssachen die Frage ist, muß aus einem andern Gesichtspunkt aufgenommen werden. Hier hat kein Gemeindsglied, das nicht Verwalter ist, den Auftrag für die Gemeinde inne zu haben und zu genießen. Seine Handlungen haben daher auch zu solchem Gemeindsgut keine andere Beziehung als die eines jeden Nichtgemeindsgliedes auch. Davon machen nur Rechtsstreitigkeiten, welche das GemeindsVermögen betreffen, im Badischen eine Ausnahme; diese können auch einzelne Bürger auf ihre Kosten betreiben, nicht nur wenn sie die Gemeinde vernachlässigt, sondern selbst gegen deren Willen mit der Wirkung, daß wenn sie obsiegen, der Gewinn der Gemeinde ist, die dagegen zum AuslagenErsaz verbindlich wird. II. Konst. Ed. §. 4. Hieraus folgt in Bezug auf Gemeindsbesiz, daß

a) wo ein GemeindsGlied im Verfolg voraus bestandener Rechtsansprüche einer Gemeinde gütlich oder rechtlich einen Besiz erwirbt, dieser von Stund an der Gemeinde kraft Gesezes gehört, unbeschadet des Inbehaltungsrechts wegen Auslagen; b) wo es einen solchen erwirbt, zu dem ein RechtsAnspruch nicht voraus bestanden hat, ingleichem c) wo es einen GemeindsBesiz veräußert, da wirkt dieses mehr nicht als in gleichem Fall die Handlung eines Fremden auch wirken würde, nemlich zu b) der Besiz gehört nicht eher der Gemeinde als bis diese den Erwerb ordnungsmäsig genehmigt hat, vorher kann der Erwerber ihn noch veräussern oder als für sich erworben erklären (so fern gegen lezteres derjenige, von dem er ihn erwarb, nicht ein Einsprachsrecht hat) vergl. Sz. 1121, hingegen zu c) seine Veräußerung eines GemeindsBesizes entzieht der Gemeinde die Inhabung nur, wenn ein Dritter aus Anlaß der Handlung jenes Gemeindsglieds zu solcher wirklich gelangte, und die Gewähr nur alsdann, wann sie von dem Dritten zu der Inhabung ersessen wurde, da der Uebertrag der Gewähr, den ein einzelnes Gemeindsglied ohne Auftrag vornähme, keine Gemeindshandlung oder doch als solche nichtig ist.

14.

Veräusserung des durch Dritte erworbenen Besizes.

P. stand mit F. im Handel wegen einem Hauskauf; dieser hatte, um auf das gethane Gebot sich zu erklären, drey Tage Bedenkzeit genommen. P. mußte in Geschäften schleu-

Digitized by Google

nig verreisen, und vergaß wegen diesem Kauf Bestellung zu machen. Nach Ablauf der drey Tage zeigte F. dem R. als Freund des P. an, wenn der Kauf alsbald richtig gemacht und das angebotene Drittel der Kaufsumme gleich baar erlegt werden könne, so wolle er das Haus um das Gebot überlassen, andernfalls gebe er es an einen andern Käufer der sich gemeldet habe. R. wissend, daß seinem Freund an dem Haus gelegen sey, kauft es für ihn, zahlt den Drittel des Kaufpreises, und übernimmt das Haus. Einige Zeit nachher, ehe noch P. zurükgekommen war, reuet der Kauf den F. wieder, und er wünscht, der R. möchte den Kauf zurückgehen lassen. Dieser giebt ihm das Haus und den zerrissenen Kaufbrief gegen Rückempfang des gezahlten Angelds zurück. Als P. darauf zurükkommt, ist derselbe über dieses Zurükgehen des Kaufs ungehalten, und da ihm um das baldige Beziehen des Hauses zu thun ist, belangt er den F. mit der Besizentwährungsklage. Dieser hält ihm entgegen a) der Kauf sey vom R. noch nicht genehmigt gewesen, also habe es zu ihnen beeden gestanden nach L. R. Sz. 1121 den Kauf wieder aufzuheben; ja b) richtig gesprochen, sey er gar nicht gültig gewesen, weil er nicht jenem Saz gemäs in Gefolg einer dem P. für sich gethanen Zusage oder gemachten Schenkung geschehen sey; wenigstens c) wenn auch dabey noch Anstände sich denken liessen, die einer tiefern Erörterung brauchten, so sey doch gewiß, daß sowohl nach altem Recht, Pufendorf I. Obs. 8. Leyser DXIXMed. 5. als nach neuem Erl. V. § 302 der Besiz durch Dritte nur nach erfolgter Genehmigung dem bestimmten Besizer erworben werde, welche dann nur bey unverändertem Rechtsgeschäft (re adhuc integra statt finde, vergl. Erl. II. 372 lit. d. wenigstens d)

wenn ohne solche Genehmigung durch den Dritten der Erwerb des Besitzes habe geschehen können, müsse doch eben so wohl auch der Verlust aus der Thatsache dieses Dritten rechtsbeständig hervorgehen, vermöge des Rechtssprüchworts: wie der Knoten geknüpft ward, so läßt er sich lösen, L. 35 de reg. Jur.; wie dann überall c) hier, wo die Hauptklage keine sachliche, sondern eine persönliche, nemlich die Kaufklage sey, von einem Besitzweg gar keine Rede seyn könne, und somit auch der Form wegen, die angestellte Klage zu verwerfen sey.

Dessen allem ungeachtet wird dafür gehalten, daß dem P. der Besitz zuzusprechen sey. Denn ob man zwar zu a und b) nicht in Abrede seyn darf, daß der vorgegangene Hauskauf, als Vertrag zum Vortheil eines Dritten betrachtet, aus oben gemeldeten Ursachen nicht zu retten wäre, so ist jedoch auch diese Ansicht gar nicht diejenige, welcher unser Fall unterlegt werden darf; denn da P. mit dem F. schon vor dem Hinzutritt des R. in Hauskaufs-Unterhandlungen stand, so war dieser Hinzutritt kein Rechtsgeschäft, das der R. für sich mit dem F. zu Gunsten des P. geschlossen hätte, sondern ein Rechtsgeschäft des P., dessen Vollführung der R. für ihn übernahm. So betrachtet leidet es keinen Zweifel, daß so wie R. aus Auftrag, wenn er welchen gehabt hätte, gültig kaufen konnte, also er es auch als Geschäftsführer durfte L. R. Sz. 1372. Abs. 2., und daß hinwiederum, nachdem er einmal gekauft hatte, er den Kauf nicht willkührlich wieder aufheben konnte, weil ein Geschäftsführer nur zur Fortführung, nicht zur Wiederaufhebung vom Gesez ermächtigt ist, Sz. 1372. Abs. 1., und der Geschäftsherr wohl von einem gutgeführten, aber

nicht von einem zerstörenden Geschäft die Verbindlichkeiten zu übernehmen angewiesen ist: auch kann die Zustimmung des F. in die Aufhebung des R. diese Handlung nicht kräftiger machen. Wäre R. wirklich Gewalthaber gewesen, so würde F. den AufhebungsVertrag, weil er nicht in den Schranken der AbschliessungsVollmacht lag, nicht als gültig gegen P. haben anziehen können, wie viel weniger bey einer bloßen Geschäftsführung, wo sobald die Schließung eines angefangenen Handels ein gutgeführtes Geschäft ist, die Wiederaufhebung, die von dem Geschäftsherrn noch gar nicht eingeleitet war, nicht einmal für sein Geschäft, noch weniger für ein gutgeführtes Geschäft ausgegeben werden kann. Diesemnach hätte, wenn die Sache in Anspruchswegen (petitorie) angebracht gewesen wäre, allerdings darinn zu Gunsten des F. gesprochen werden müssen. Nun mußte es zwar, so wie die Klage da lag, auf den Besitzweg ankommen, jedoch litte zu c) die an sich richtige Regel, daß der Besitz durch Dritte nur mittelst der Genehmigung der von jenen geschehenen Ergreifung erworben werde, hier einen Abfall, weil diese Ergreifung in Folge einer Geschäftsführung geschehen war, deren Wirkungen denen eines *Auftrags* gleich sind L. R. Sz. 1372, und die Uebernahme der Verbindlichkeiten bey gut geführtem Geschäft dem Geschäftsherrn zur Verbindlichkeit machen Sz. 1375., weshalb dadurch ohne seine Bewilligung ihm der ergriffene Besitz eben so eigen wurde, wie solches bey einem wirklichen Auftrag geschehen wäre Sz. 1997 vergl. mit 1994 Abs. 2. Unter diesen Umständen konnte nochmals zu d) der dem F. erworbene Besitz zwar wieder durch den P., der die Inhabung hatte, in Bezug auf diese, vernachlässigt werden, aber die Ge-

Digitized by Google

wahr desselben konnte durch ihn nicht auf einen andern kommen, weil er zur Ueberlassung keinen Auftrag hatte, diese auch als eine von dem Dritten noch gar nicht eingeleitete Rechtslage für eine Geschäftsführung sich nicht vereigenschaftete, und, wenn man je über diese Nichteinleitung unbeschadet des Rechts bey der Frage vom Daseyn einer Geschäftsführung weggesehen dürfte, dennoch niemals diese Erlassung einer Verbindlichkeit, die aus gültigen, wesentlich nicht veränderten, Gründen geknüpft worden war, niemals für eine nüzliche Geschäftsführung angezogen werden könnte. Hiemit steht auch die Rechtsregel nicht im Widerspruch, welche die Verbindlichkeiten auf dem nemlichen Wege aufzulösen erlaubt, auf welchem sie geknüpft worden; denn der Weg auf welchem der Besiz dem F. im vorliegenden Fall durch den R. erworben ward, war der einer nüzlichen Geschäftsführung, und der Verlust durch ebendenselben würde der Weg einer nachtheiligen Geschäftsführung, also nicht der nemliche, seyn. Am scheinbarsten und dennoch ungegründet ist zu e) der Einwand, daß hier kein Besizweg anschlage. Freylich wenn die Rede von einer Nöthigung des Verkäufers zur Uebergabe aus dem Kaufvertrag die Rede wäre, alsdann würde ein blos persönliches Verhältniß in Frage seyn. Nachdem aber der Kauf unbestritten zu Stand gekommen, und damit das Eigenthum kraft Gesezes übergegangen Sz. 1583., auch die Uebergabe erfolgt, und damit der Besiz übertragen war Sz. 1604, und nun nur noch die Frage blieb, ob der Verkäufer die Sache wieder mit Recht an sich gezogen hatte; so konnte gegen ihn, wie gegen jeden Dritten, der die Sache aus einem angemaßten aber widersprochenen Titel an sich gezogen

Digitized by Google

hätte, die sachliche Klage so gut in Besiz- als in Anspruchswegen angestellt werden.

15.

BesizEntwährungsklage bey dem Besiz durch Dritte.

Das alte römische Recht sagt in L. 44. § 2. ff. de adq. l. amitt. poss. der Besiz eines Eigenthümers sey verloren, wenn sein Pächter, Verwalter u. d. gl. die Inhabung auf einen Andern kommen läßt. Das neuere römische Recht verordnete das Gegentheil L. ult. C. de adg. et ret. poss. Aus lezterem schloß man, daß der Eigenthümer gegen den Dritten der auf solche Art zum Besiz gekommen, die Besizentwährungsklage anstellen könne. Wernher V. Obs. 80. Das badische Landrecht ordnet, durch einen Andern besize man nur so lange als dieser die Inhabung nicht aus der Hand läßt, Sz. 2228. a. Ist mit dieser Rükkehr zum alten römischen Recht wohl auch jene Folge aus dem neuern aufgehoben? Mit nichten! Der Eigenthümer, der durch den Fremden besas, war gewährter Besizer: was er durch den übeln Willen des Pächters verliert, ist der natürliche nakte Besiz, oder die Inhabung, aber nicht die Gewähr des Besizes: da nun die BesizentwährungsKlage gerade für einen der Inhabung entsezten gewährten Besizer gegen den ungewährten gegeben wird Erl. V. §. 312.; so ist in jenem Saz nichts enthalten, was hindern möchte, daß der Eigenthümer sich jener BesizentwährungsKlage bediene, wiewohl nur bey Liegenschaften, wo allein Besizklagen statt

finden 544. c. Wollte man auch sagen, der Besiz des Drit-ten sey ja doch nicht eigenmächtig, da er ihn durch ein Rechts-geschäft erhalten habe, so würde einestheils dieses wenig-stens da nicht anschlagen, wo der Dritte die Unbefugsame des Besizgebers zu dieser Uebertragung gekannt hätte, aber auch da, wo sie ihm unbekannt geblieben wäre, und er folg-lich redlicher Besizer und deshalb ersizungsberechtigt wäre Sz. 2239., würde doch der Mangel, den sein Erwerbtitel hat, machen, daß seine Gewähr schwächer wäre als die des vorigen Herrn, mithin sein Besiz jenem, als dem stärkeren, weichen müsse, Sz. 544. e.

16.

Schranken des Besizes.

Die alte Regel ist bekannt, daß der Besiz von Ort zu Ort, von Person zu Person, von Sache zu Sache nicht übergetragen werden könne. Leyser CCCCLIII. Med. 4—6. War sie schon vorhin ein Gemeinplaz, der mancher Vorsicht bedurfte, um nicht den, der auf ihn sich verlies, sinken zu lassen, so erfordert sie in der neuen Rechtsverfas-sung doppelte Prüfung. Also

1.) Von Ort zu Ort kann allerdings noch jezt kein Be-siz übertragen werden, d. h. ein Besiz der bezüglich auf ein bestimmtes Gut erwiesen ist, gilt damit nicht für andere Güter für vorhanden. Denn die Oertlichkeit ist das Haupt-merkmal bey Beurtheilung der Verschiedenheit der Sachen. Eine Liegenschaft, die eine andere Oertlichkeit hat, ist nicht mehr die nemliche Sache, und der auf dem einen Ort ge-

Digitized by Google

führte Beweis gibt also durch sich selbst keine Folge auf einen Andern. Aber in der Welt, deren ganzes Wesen in dem Zusammenhang trennbarer Dinge besteht, ist nichts so klein, das nicht noch kleiner seyn könnte, das also nicht aus Theilen zusammengesezt wäre, und nichts so groß, das nicht Theil eines Größern genannt werden kann. Soll daher die örtliche Beschränkung des Besitzes nicht auf die Ungereimtheit führen, daß man bey jeder Sache den Besitz jedes geringsten Theils, also eines jeden Erdschollens eines Grundstüks besonders beweisen müsse, sofort auch nicht auf die entgegengesezte Thorheit, daß man mit dem Besitz einer einzelnen Sache in der Welt die ganze Welt besize, so muß ein richtiges Merkmal gegeben werden, woraus die Oertlichkeits-Schranken des Besitzes erkennbar werden. Dieses liegt in der Genießbarkeit und in der Aufbewahrlichkeit der Sache, als denen zwey gesezlichen Wesenheiten des Besitzes Sz. 2228. Was dadurch, daß jemand eine Sache in seine Bewahrung nimmt, natürlich oder rechtlich mit darunter gekommen ist, sodann was in Bezug auf einen bestimmten Genuß, den jemand von einer Sache bezielt, natürlich oder rechtlich mittelst des Anfangs der Nießung mit ergriffen wird, das gehört zu dem örtlichen Umfang des Besitzes, das liegt innerhalb seinen natürlichen Schranken. Natürlich ergriffen ist das, wovon der Andere die Inhabung oder den Genuß nicht haben kann, sobald ein gewisser bestimmter Ort der Inhabung oder des Genusses eines Andern, als vorhanden gedacht werden soll. Rechtlich ergriffen ist dasjenige, wovon ein Anderer den Genuß nicht haben kann, ohne daß etwas als getrennt, das ist als verschieden in seinem Rechtszustand von dem Zustand der Hauptsache ange-

Digitized by Google

sehen werde, was irgend eine GesezesVorschrift für eine Einheit vereigenschaftet hat. Aus dieser Vorstellungsweise entwikelt sich nachmals die Lehre vom allgemeinen Besiz durch den einzelnen, daß nemlich dasjenige, wovon die rechtliche Einheit hergestellt ist, durch jede Besizhandlung, die auf einen Theil, der in dieser Einheit begriffen ist, ausgeübt wird, auch in allen seinen übrigen Theilen, von welchen nicht ein widersprechender Zustand erwiesen wird, für mitgeübt gelte. Die Sz. 710 be, bf. ce und ef. gehen aus diesem Grundsaz aus, und dienen also ihm als Geist des Gesezes zur gesezlichen Stüze.

2.) Von Person zu Person kann zwar blos natürlich genommen kein Besiz fortwähren, daher gilt auch dieses noch jezt von dem rein natürlichen Besiz, der aber in unserm Gesezbuch den Namen Inhabung führt. Durch die Inhabung des Vaters oder Erblassers wird die Inhabung des Sohns oder Erben nicht erwiesen, noch weniger jene eines dritten Rechtsfolgers. Aber der Besiz ist kein reines Naturwesen; er ist ein Rechtswesen, das auch noch bestehen kann, wenn die natürliche Inhabung von ihm getrennt wird, und das nach unserm Gesez noch Jahr und Tag nach Ergreifung der Inhabung durch einen Dritten bey dem vorigen Inhaber mittelst der BesizGewähr bleibt Sz. 544 e, ja das auf den gesezlichen Erben eines Verstorbenen kraft Gesezes übergeht, sofort auch auf den dritten Rechtsfolger durch die bloße WillensAeusserung des Besizers, und Beobachtung gewisser bildlicher Darstellungen desselben, übertragen werden kann, Sz. 1605, 1606, mithin einer Ausdehnung von Person zu Person allerdings empfänglich ist, wie dann eben darauf

Digitized by Google

die Fortsezung der Ersizung aus dem Besiz eines Rechtsvorfahren beruht, Sz. 2235. Die Nichtausdehnbarkeit des Besizes von Person zu Person sagt also entweder mehr nicht als das: niemand kann die Folgen eines Besizes — so gut wie jene jeder andern Befugniß — gegen einen Dritten behaupten, ohne sich zu der Zuständigkeit des Besizes auf eine Art zu rechtfertigen, die für ihn und gegen den andern gesezlich folgegebend ist, und alsdann drükt sie keine Eigenheit des Besizes, sondern eine Gemeineigenschaft aller Rechte aus, oder sobald sie mehr sagt, bezeichnet sie etwas was unserem Recht nicht angemessen ist. Wer einem andern überhaupt oder in Bezug auf eine bestimmte Sache nachfolgt, kann so lang dessen Besiz auch in aller Hinsicht rechtlich auf sich beziehen, als nicht erwiesen wird, daß zwischen jenem Zustand und dem gegenwärtigen ein anderer Zustand eingetreten sey, wodurch ein Dritter zu der Inhabung eines Vorfahren, die man sich zu Nuz machen will, gelangt sey, Sz. 2228 a. 2234 a.

3.) Von Sache zu Sache wird ein Besiz alsdann ausgedehnt, wenn man ihn für eine bestimmte Form und Art der Inhabung benuzt hat, und man ihn nun für eine andere Form und Art geltend machen will, z. B. man hat eine Handlung als eine Folge der Hinterlegung geltend gemacht, und man will sie nun als Folge eines Pfandrechts oder eines Eigenthumsrechts geltend machen. Hier lehrt der Vernunftsaz, daß mehrere verträgliche Dinge nebeneinander bestehen können, aber nicht mehrere widersprechende, und ein Anderer, der aus jenem ausquillt, daß von mehreren verträglichen Zuständen die Bejahung des Einen nie-

Digitized by Google

mals eine Verneinung des Andern sey, sofort der weitere, daß das Nebeneinandersеyn oder Nacheinandersеyn kein Beweis für die Nothwendigkeit dieser bestimmten Art des Zusammenseyns sey, daß das pos hoc ergo propter hoc ein Trugschluß sey, wie die alten Weltweisen lehrten; diese Säze, sage ich, belehren uns, daß der Besiz von Sache zu Sache wohl ausgedehnt seyn könne (sobald beede nicht in widersprechenden Rechts-Verhältnissen stehen, wie z. B. wann eine Handlung als Ausfluß eines Pfandrechts nachher als Folge eines Eigenthumsrechts ausgegeben werden wollte); daß aber das Daseyn einer solchen Ausdehnung als Thatsache von dem, der eine Verbindlichkeit darauf gründet, besonders erwiesen werden müsse, versteht sich von selbst.

17.

Anfangs-Ziel der Besiz-Ersizung.

Daß die Inhabung einer Sache, die man durch Dritte hält, auch durch deren That verloren gehen könne, ist eine Folge aus der Natur der Sache, die Sz. 2239. vergl. 2228. bestätigt. Anderer Seits ist es ebenso natürlich, daß ein Besiz durch die bloße That eines Dritten, der in unserm Namen inne hat, nicht verloren werden könne: denn es besteht das Unterscheidende des Besizes, in der Absicht des Besizers eine Inhabung als die Seinige zu halten Sz. 543 b., und in diesem Gedankenzustand kann die bloße That eines Andern unmöglich eine Aenderung bewirken. Aber, wohlgemerkt, der Richter ist kein Herzenskündiger, die Ab-

sicht eines Dritten ist also für ihn nur vorhanden, so weit sie ein Erscheinungswesen geworden und geblieben ist, mithin für andere erkennbar dasteht, vergl. Erl. III. 235. in so weit läßt sich also auch gedenken, daß die That eines andern, der in unserm Namen inne hat, uns um den Besitz bringen könne, wenn sie nemlich dasjenige wegnimmt und zerstört, wodurch der Besitz als Rechtswesen der Erscheinungswelt gehalten wurde, und wenn sie damit die Absicht des Besizers auf ein unwirksames Wesen seiner Ideenwelt zurüksezt. Daß dieses geschehen könne, lehrt jener Saz hinlänglich, welcher sagt, daß der ältere Besizer nur alsdann auch der stärkere sey, wenn er gegen eigenmächtige Ergreifung eines jüngern seine verlorne Inhabung vor Ablauf eines Jahrs verfolgt Sz. 544 e. Nun entsteht aber die Frage, von welcher Zeit an läuft dieses Jahr der Verfolgung der Inhabung, ob von dem Augenblick an, wo ein Anderer durch Eigenmacht der Inhabung sich bemeistert, oder von jenem an, wo der vorige Besizer in die Kenntniß davon kommt, mithin in den Stand gesezt wird, seine verlorne Inhabung zu verfolgen. Nach der Natur sollte man das Lezte annehmen, weil dem, der nicht weiß, daß er etwas verloren hat, nicht zugemuthet werden kann, es zu suchen, also die Pflicht dazu erst mit dem Augenblick der erlangten Kenntniß anfängt. Nach der Rechtsähnlichkeit der übrigen Entscheidungen über Ersitzungen und Versizungen hingegen muß man a f die erstere Meinung sich lenken, weil fast alle übrige Verjährungen von dem Augenblick an laufen, wo die That vorgeht, die ein Klagrecht begründet, ohne darauf zu sehen ob mit solchem Augenblick auch zugleich die Kenntniß des Gegners, mithin die äussere Möglichkeit jenes Klagrecht

auszuüben, eintrete. Die Wahl zwischen beeden Ansichten bestimmt der Sz. 2243. Dieser erklärt es für eine natürliche Unterbrechung, wenn der Besizer des Genusses der Sache über ein Jahr lang beraubt ist. Indem er nicht auf die Beraubung der Inhabung, sondern des Genusses der Sache zu sehen befiehlt, der Genuß aber in nichts anderm besteht, als in den Empfindungen, welche das Bewußtseyn der Inhabung begleiten, so erklärt er damit, daß jenes Entwährungsjahr nicht von dem Augenblick an zu rechnen sey, wo ein Dritter eigenmächtig die Inhabung an sich nimmt, sondern von dem Augenblick, wo das Bewußtseyn derselben in dem ältern Besizer durch die Handlungen des Andern gestört wurde. Wenn daher z. B. ein Pächter sein Pachtgut verkaufte, so fängt die Verjährung des Eigenthums gleich mit dem Tag des Kaufs an, hingegen die Ersizung des Besizes erst mit dem Tag, wo dem Bestand-Geber entweder der Kauf kund wurde, oder er durch Nicht-Entrichtung des Pachtzinses oder in anderem Wege erfuhr, daß der Pächter die Sache nicht mehr inne habe, oder nicht mehr für ihn inne habe, wenigstens im Fall war Sorgfalt auf Erkundigung des Zustands seiner Sache zu wenden. Dieses bestätigt auch Sz. 1607, der nur jenen Gebrauch eines Rechts für eine Uebergabe, also für eine Besiz-Gestattung erklärt, welcher mit Bewilligung des vorigen Inhabers geschieht, sodann der Sz. 1690 welcher sagt, den Besiz eines abgetretenen Rechts gegen dritte Personen erlange man nur durch Bekanntmachung der Uebertragung an den Schuldner, und am stärksten der Sz. 1691 welcher sagt, der Schuldner der an den Rechtsgeber gezahlt habe, ehe ihm die Uebertragung der Schuld bekannt gemacht worden, werde ihrer rechtmäßig

befreit, woraus, verglichen mit Sz. 1240 folgt, daß der Rechtsgeber ohnerachtet er sich der Schuld begeben hat, in Bezug auf den Schuldner noch als Inhaber gelte, so lang diesem die Veränderung nicht bekannt gemacht worden, zum Beweis, daß dessen VerbindlichkeitsBesiz nicht durch die That des Gläubigers schon, sondern erst durch die hinzukommende Bekanntmachung an den Gegentheil, durch die in ihm bewirkte Umänderung seiner desfallsigen Vorstellungen für wirksam geändert angesehen werde. Diesemnach kann die EigenthumsVerjährung schon lang zu laufen angefangen haben, ehe die Besizverjährung läuft, und das ist auch ganz billig, weil ihre Dauer so kurz ist, daß oft dem entsezten Besizer unmöglich würde die Entsezung in Zeiten zu erfahren, wenn die RechtsVerfolgung gleich von der That an laufen sollte, z. B. ein Pächter der gestern seinen Jahrzins bezahlt hätte, verkauft heute sein Pachtgut, so kann der Eigenthümer, wenn man ihm nicht zumuthen will, selbst sein Gut zu bewachen, erst übers Jahr, wenn ihm sein Zins nicht eingeht, und er dadurch des Genusses beraubt wird, Anlaß haben nachzusehen, und dadurch die Entsezung zu erfahren, wo ein vom Tag des Kaufs an gerechnetes Versizungsjahr schon verflossen wäre, aber niemals bleibt sie über die Zeit der Verjährung des Eigenthums hinaus wirksam, weil der stärkere Besiz unwirksam ist, sobald ihm ein stärkeres Recht entgegen steht, Sz. 544 e.

Digitized by Google

18.

FrüchtenErstattung des gewährten Besizers.

Wenn ein Besizer in seinem Besiz geschüzt worden war, wenn er also nach dem Ausdruck unseres Rechts als gewährter Besizer da stand, jedoch in Anspruchswegen nachmals unterlag, so sprechen ihn manche Rechtslehrer vom FrüchtenErsaz frey, weil er ein redlicher Besizer sey: andere nehmen an, daß die Urtheile im Anspruchsweg (in petitorio) jene wieder aufhebe, die im Besizweg (in possessorio) ergangen ist, und daß somit von der ersten Einlassung im Besizweg an, der Besizer nun als unredlicher Besizer gelte. Ludolf Supl. Obs. 341. Unser Rechtsbuch weiß von der römischen Rechtsdichtung nichts, die den Inhaber einer Sache, durch die Einlassung auf eine Klage zum unredlichen Besizer umstempelt; und in der Natur der Sache ist sie noch weniger gegründet: unser Rechtsbuch sagt nirgends daß ein Urtheil im Besizweg durch jenes im Anspruchsweg zernichtet werde, und die Natur der Sache sagt mehr nicht, als daß es dadurch für die Zukunft wirkungslos werde: ebenso sagt gedachtes Rechtsbuch nicht, daß jeder Sieg im Besizweg jemanden zum redlichen Besizer mache, indem sie ihn nur zum rechtmäßigen Besizer macht, wozwischen ein großer Unterschied ist, Erl. V. § 297. Hingegen sagt der C. N. klar, der unredliche Besizer erstattet die Früchte, der redliche nicht Sz. 549 und 1378, wovon zwar einzelne Ausnahmen statt finden, Erl. I. S. 425., unter welchen jedoch der Fall nicht vorkommt von einem gewährten Besizer

der

der im Anspruchsweg unterliegt, auch sagt es ebenso allgemein: von dem Augenblick an, da jemand die Mängel seines Rechtstitels kennt, wird er unredlicher Besizer. Daher muß bey jedem EndUrtheil der Richter diesen Zeitpunkt bestimmen, der dann das einemal schon vor die Zeit des ersten Besizstreits fallen kann, ein andermal zwischen hinein, und wieder ein andermal erst mit dem Urtheil, das über den Anspruchsweg im ersten Rechtszug ergeht.

19.

Einfluß des RechtsIrrthums auf Redlichkeit.

Viele der alten Strittigkeiten über die Nachtheiligkeit oder Unnachtheiligkeit der RechtsUnwissenheit hat das Badische Landrecht abgeschnitten, durch die Verfügung, daß Nichtwissen (ignorantia) und Falschwissen (error) der Gesezе sowohl im Verlust als Gewinn schade, Sz. 1 b. Dennoch ist eine Streitigkeit damit noch nicht beygelegt, nemlich jene, wie weit der RechtsIrrthum oder die RechtsUnwissenheit die Redlichkeit (bonam fidem) aufhebe, s. Leyser CCCCLV Med. 4—6. Denn jene Verordnung sagt nur, wo es auf das Wissen der Gesezе ankommt, da gilt jeder für rechtwissend: damit ist aber noch nicht gesagt es müsse da wo es auf die Anwendung der Gesezе auf einzelne Thatsachen ankommt, auch ein jeder für rechturtheilend gelten. Dieses leztere konnte auch nicht gesagt werden, ohne vielfach mit dem Geist des Rechts in Gegenstoß zu kommen. Denn (um nur Eines anzuführen) würde

es eine gesezlich gebietende Vermuthung seyn, daß jeder das Gesez richtig anwende, wie es eine gesezlich gebietende Muthmaßung ist, daß jeder den Inhalt des Gesezes kennt, so könnte es keine Rechtsmittel gegen ein Urtheil geben. Nun hängt aber die Redlichkeit von dem wirklichen Daseyn einer Kenntniß ab, Sz. 550., oder doch von der auf den Fall der Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt jedes guten Hausvaters bedingten Wirklichkeit desselben, Erl. I. S. 416.: folglich kann der aus einer irrigen GesezAnwendung entstandene Glauben — wenn er nur nicht den Augenschein gegen sich hat, also nicht sichtbare Mängel eines Titels verläugnet, — der Glauben sage ich, an die Unmangelhaftigkeit eines RechtsTitels niemals für eine Unredlichkeit ausgelegt werden, sobald nur das Daseyn eines solchen Glaubens, (der freylich wie alles, was wider das Gesez anstößt, die Vermuthung wider sich hat) rechtlich erwiesen, und nicht auf ein bloßes Falschwissen des Gesezes gegründet wird.

20.

VerbesserungsAufwand des NuzEigenthümers.

Dem Badischen Landrecht hat es zum Vorwurf gemacht werden wollen, daß nachdem der angenommene Code Napoleon sagt: „der Nuznießer habe nach Endigung der Nuz„nießung für gemachte Verbesserung keinen Ersaz zu for„dern, wenn auch der Werth der Sache dabey erhöht wäre,“ Sz. 599., dennoch die Zusäze wegen des NuzEigenthums verordnen, „bey dem Heimfall könne der NuzEigenthümer

„so weit Vergütung fordern, als die Sache dadurch für den „GrundEigenthümer nicht nur anmuthiger, sondern wirk„lich nüzlicher und besser geworden sey," Zus. 577 a k. Man will eine Folgewidrigkeit (Inconsequentiam) darinn finden, daß nachdem der NuzEigenthümer gewöhnlich länger als der Nuznießer zu genießen hat, und nachdem erst da, wo schon sein NuzEigenthum auf dem Heimfall steht, er noch einem Nuznießer gleich gestellt ist, Zus. 577 a d., ihm dennoch mehr Ersazrecht gegeben werde als dem Nuznießer, da doch der GrundEigenthümer gegen den Einen wie gegen den Andern in gleichem Vortheil stehe. Allein diejenigen, die dieses einwenden, nehmen einen unrichtigen Gesichtspunkt. Aus dem Gesichtspunkt des Vortheils des GrundEigenthümers betrachtet, hätten beede zwar gleich behandelt werden können: allein auf ihren eigenen Rechtsstand kommt es hier an. Der Nuznieſſer muß die Sache genießen wie sie ist, er muß sie in unverändertem Stand und Wesen erhalten, Sz. 578., er darf solche nicht, wenn gleich ins Bessere, verändern, Erl. I. S. 471: indem er dieses nicht darf, kann er niemals einen erlaubten VerbesserungsAufwand zu fordern haben (von dem der bloße ErhaltungsAufwand im Sz. 605. wohl unterschieden wird, der auch zum Theil dem Nuznießer, der ihn machte, ersezt werden muß, Sz. 609.): hat er nun durch Aufwand zu Verbesserungen eine unrechte That gethan, so ist es den allgemeinen Grundsäzen gemäß ihm daraus kein Forderungsrecht zu geben, Zus. 1117 a. und ihn damit dem Recht der Wegnahme dessen was füglich trennbar ist, Sz. 599. im übrigen aber dem bloßen etwaigen natürlichen BilligkeitsGefühl des GrundEigenthümers zu überlassen. Aber der NuzEigen-

thümer hat das Recht zu verbessernden Veränderungen, Zus. 577 ad., und eben indem er auf längere Dauer gewöhnlich besizt, hat er auch mehr Veranlassung, solche verbessernde Aenderungen zu machen. Wenn nun hier einmal der Heimfall ihn übereilt, ehe die Verbesserungen abgenuzt sind, so wäre es ungerecht gewesen, ihm nicht jene Ersazforderung zu gönnen, die mit jeder redlichen Anlage auf fremdem Grund und Boden verbunden ist.

21.

Einseitige Gebäude auf gemeinschaftlichem Boden.

Der C. N. sagt nichts davon, wie es zu halten sey, wenn ein MitEigenthümer auf gemeinschaftlichem Boden einseitig gebaut hat; zuvor nahm man an, daß die sonst statt findende Befugniß desjenigen dem der Grund und Boden zugehört, den Bauenden zur Wegnahme des Gebäudes anzuhalten, hier wegfalle, und nur auf Entschädigung geklagt werden könne, Carpzov III. Const. 31. Def. 11. Das Nemliche ist jezt nicht mehr Rechtens. Das MitEigenthum ist zwar ein Recht, welches als untheilbar jeden Theil der Sache und jede ihrer Zugehörden ergreift, Zus. 577 ba., in dieser Hinsicht kann der Miteigenthümer, welcher einseitig baute, niemals unter den Saz 555. unterlegt werden, der bloß jenen Fall entscheidet, wo ein Anderer als der Eigenthümer baute: also aus diesem Grund läßt sich wider ihn keine Wegschaffungsklage anstellen. Allein der Bau fällt unter den Sz. 577 bb. welcher sagt: kein MitEigenthümer kann eine einzelne aus dem Eigenthum flies-

fende Verfügung, ohne Einwilligung der übrigen, gültig treffen. Daß das Bauen eine aus dem Eigenthum fließende Verfügung sey, spricht Saz 552 klar aus: soll nun diese nicht nur verboten, also eine unrechte That, sondern auch nicht gültig seyn, so folgt hieraus daß der unschuldige MitEigenthümer nicht nur Entschädigung nach Sz. 1382. sondern auch Wegschaffung des ungültigen Baues nach Sz. 577 bb. zu fordern berechtigt sey. Diesemnach ist hierinn derjenige, welcher unerlaubter Weise auf gemeinschaftlichem Boden baut, demjenigen ganz gleich, der auf fremden also bauet: denn die andere, dem lezteren wahlweise aufgelegte Pflicht, mit welcher Zahlung er sich begnügen solle, wenn der Eigenthümer des Bodens den Bau behalten will, trift ihn auch, da zu diesem Behalten in Gemeinschaft dieser Leztgedachte durch das MitEigenthum berechtigt ist, Sz. 552., hingegen der Bauende, wenn er darauf beharren würde, das Gebäude wieder wegreißen zu wollen, dieses einseitig nach Sz. 577 bd. nicht vermöchte.

22.

Natur des Sammt- oder MitBesizes.

Ueber den Mitbesiz enthält der Code Napoleon auch mit jenen Zusäzen, die er als Badisches Landrecht erhalten hat, keine Entscheidung, dieses kann auffallen oder irre führen, da es Rechtslehrer gab, welche behaupteten, es gebe keinen Sammtbesiz, Cocceji J. C. L. XLI. O. II. 94. Inzwischen hinderte dieser mehr auf einen Wortstreit als auf Sachgründen beruhende Zweispalt nicht, daß man in Gerichten

einen Sammtbesiz anerkannte, und nur die eigenmächtige Ergreifung eines Mitbesizes für unrecht hielt, Leyser CCCCLII. Med. 4. Ebenso hat auch der Code Napoleon hinlängliche Grundsäze für eine solche Anerkennung. Nach Saz 2228. besteht der Besiz in der Inhabung oder dem Genuß einer Sache. Der Genuß ist etwas das an mehrere Erben übergehen kann, Sz. 543 a.; er ist also einer Gemeinschaft und Theilbarkeit fähig. Daß auch Inhabung gemeinschaftlich seyn kann, folgt aus den Gesezen über den Gesellschaftsvertrag, welcher eben das Zusammenwerfen oder Gemeinschaftlichwerden der Gesellschafts-Sachen zum Zweck hat, Saz 1832. 1849. Ist auf diese Weise das rechtliche Daseyn eines gemeinschaftlichen, oder Mitbesizes gegründet, so finden sich nun auch die Eigenschaften desselben mittelst des Sazes 544 e. Dieser sagt der Besiz hat alle Wirkungen des Eigenthums zu Gunsten des wirklichen Besizers gegen Jeden der nicht einen stärkeren Besiz hat oder ein stärkeres Recht. Hieraus ergiebt sich vorerst a.) wo zwey einen gleich starken Besiz an einer Sache haben, da haben sie gegen einander kein Ausschließungs-Recht, da ist also ein Mitbesiz vorhanden; b.) dieser Mitbesiz ahmt das Eigenthum nach in allem, wo ihn nicht das stärkere Recht eines Eigenthümers verdrängt. Aus dieser NachbildungsBefugniß entwickeln sich nachmals aus B. II. Tit. II. Kap. 4. unseres Landrechts alle übrige dem Mitbesiz geltende Rechtsregeln, nemlich c.) er haftet auf jedem Theil und auf jeder Zugehörde, so lange nicht ein getrennter Allein-Besiz eines bestimmten Theils erwiesen wird, Sz. 577 b a. vergl. Sz. 710 be. und bf.; d.) der Mitbesizer kann so weit nur, als es auch ein MitEigenthümer dürfte, einsei-

Digitized by Google

tig in Bezug auf seinen Mitbesiz handeln, Sz. 577 bb—bd.; e.) der Mitbesiz kann getheilt werden, Sz. 577 be.; f.) er kann auf Andere übertragen werden, Sz. 577 bf.; g.) Theilungsbegehren kann durch Vertrag aufgeschoben nicht aufgehoben werden, Sz. 577 bg. h.) So wie man ein AlleinEigenthum oder ein zertheiltes und in diesem Fall ein Grund- oder ein NuzEigenthum, oder ein getheiltes, in anderer Hinsicht gemeinschaftliches haben kann, so kann man einen AlleinBesiz, einen zertheilten und alsdann bürgerlichen oder natürlichen Besiz, oder endlich einen gleichen Mitbesiz haben.

Aus diesen allgemeinen Bemerkungen besonders aus jener unter a. gehet nun unter andern A.) auch die besondere hervor, daß so oft bey einem Besizstreit erscheint, es habe der eine und der andere Theil Besizhandlungen vor sich, die neben und durch einander hinlaufen, an sich gleich stark, und in ihren Rechtstiteln gleich gut beschönigt sind, der Richter alsdann beede streitende Theile im Mitbesiz, noch jezt wie ehemals, schüzen müsse, vergl. Cannengieser VIII. Dec. 128. Lauterbach Coll. Th. Pr. L. 43. T. 17. §. 11. Hieran schließt sich die weitere B.) an, daß obwohl nach unserem Recht niemals, selbst nicht bey RechtszueignungsKlagen (actio negatoria vel confessoria, Erl. V. S. 605.) ein Inhaber die ZueignungsKlage anstellen kann, der Mitbesizer, der den Andern durch ein zu erweisendes Eigenthum oder stärkeres Recht mittelst der Zueignungsklage verdrängen will, dennoch gegen seinen Mitbesizer diese Klage ohne weiters anstellen könne, weil das was der Eine inne hat, dem Andern an dem Umfang seines Besizes abgeht, und also in so weit, der Kläger hier immer noch als NichtInhaber gegen den klagt, der das

Digitized by Google

ihm abgehende besizt. Endlich C.) daß der alleinige Besizer, zu dem ein Anderer eigenmächtig in den Mitbesiz sich schwingt, gegen ihn die Entwährungs-Klage eben so gut anstellen könne, als ob er von jenem ganz verdrängt worden wäre.

23.

Brautschaz aus Lehen- und Stammgut.

Das Stammgut und Lehengut macht von der Regel daß ein Kind keine Ansprache auf Heyrathsgut habe, Sz. 204., eine Ausnahme, auf welchem die Abfertigung der von der Nachfolge ins Gut ausgeschlossene Töchter als gesezliche Last haftet, Sz. 577 cp. weil diese ihnen als Abkauf ihres natürlichen Erbrechts dient. Eben aus diesem bestimmenden Grund ist hierbey ein Unterschied zwischen Stamm- auch Töchterlehen, und Weiberlehen oder durchgehenden Geschlechtslehen. Nur bey lezteren ist ebenso wie im Stammgut eine jedesmalige Ansprache an einem Brautschaz vorhanden, vergl. V. Konst. Edikt des Großherzogthums Baden §. 27. und 31. lit. b., welcher die Abfertigung jenes ruhenden Erbrechts darstellt. Bey Stamm-Lehen, an welchen Töchter niemals ein Erbrecht haben, also auch keinen Abkauf desselben fordern können, und bey Töchterlehen wo nur diejenige Tochter für ihre Person ein Erbrecht erlangt, welche die Bedingung erlebt, Tochter des lezten des Mannsstamms zu seyn, und die alsdann nie in der Lage ist, eine Abfertigung ihres Erbrechts nöthig zu haben, da sie es selbst benuzen darf, findet in der Regel eine BrautschazForderung auch nicht statt, L.R. Sz. 577 cv.,

Digitized by Google

sondern nur ausnahmsweise, wenn, im Mangel eignen Vermögens, die Töchter Unterhalt aus dem Lehen zu fordern hatten, dessen Abkauf alsdann durch ein daraus geschöpftes Heyrathsgut geschieht. V. Konst. Ed. §. 31. a. Nachdem übrigens das Heyrathsgut nicht blos eine Forderung an die Lehenleute oder Stammherren, sondern eine gesezliche Last des Stammguts oder Lehenguts ist, die jedoch nur auf dem Ertrag, nicht auf dem Stock des Stammguts haftet, Sz. 577 cq. so tritt dasselbe eben so wie der früher genossene Lehen- oder Stammgehalt, der damit abgefertigt wird, in die Klasse der Gülten, indem der Gehalt eine wahre Stammgült ist, der Brautschaz aber, der einen höchstens sechsfachen Stamm- oder Lehengehalt betragen darf. V. Konst. Ed. §. 31. b. L. R. Sz. 577. cp. ein stellvertretender Stammgehalt ist. Es hat daher jeder Jahrsgehalt auf dem JahrsErtrag des Lehen- oder StammGuts, und jeder Brautschaz auf so viel folgende Jahrsbeträge als viel JahrsGehaltsBeträge er umfaßt, das den Gülten verwilligte VorzugsRecht in Stamm- oder Lehens-Gründen zu genießen, Sz. 2102 a. Da nun alle Lehens- oder StammSchulden als solche Lasten anzusehen sind, die von dem ersten Erwerber auf den Inhaber kommen, so daß er, selbst wenn er Sohn ist, das LandErbe ausschlagen und das Stamm- oder LehenErbe antreten kann. V. Konst. Ed. §. 29., L. R. Sz. 577. cn., so fallen damit diejenigen Gründe weg, aus welchen man sonst dergleichen Brautschaz-Forderungen aus verschuldeten Lehen- oder StammGütern zu bestreiten pflegte, Cannengieser XI. Dec. 275., und es darf nicht gezweifelt werden, daß sie auch an ein verschuldetes Gut als eine frühere und gesezliche Last gefordert werden können, mithin auch aus einer über das Lehen- oder

Stammguts-Einkommen ausgebrochenen Gant des Lehenmannes oder Stammherren zu zahlen seyen.

24.

Rückgriff der LandErben auf Lehen- oder StammErben wegen bezahlter Lehens- oder StammSchulden.

Das alte Recht hatte in obigem Betreff Anlaß zu manchen Fragen gegeben. Die merkwürdigsten waren A.) ob LandErben eines Lehenkäufers, der einen Seitenverwandten oder Fremden in die Mitbelehnschaft aufgenommen hat, an diesen die Erstattung des Kaufschillings fordern können, wann jener Käufer ohne LehensErben starb. Puffendorf P. I. Obs. 242. B.) ob LandErben eines Lehenfolgers, der mit andern Mitlehenfolgern das Lehen so getheilt hatte, daß er es ganz übernahm und ihnen dafür eine bestimmte Summe zahlte, und der auch die vorhandene Lehensschulden mit übernahm, in jenem Absterbensfall, von denen nun wieder ins Lehen tretenden Lehensfolgen das, was er als Erbgeld und Schuldentilgung bezahlt hatte, zurükfordern könne. Ibidem. C.) ob LandErben eben sowohl bezahlte ursprüngliche Lehensschulden oder Stammschulden, als die nur durch Uebernahme darauf gekommene, von dem Lehensfolger erstattet zu sehen, verlangen können. Puffendorf P. III. Obs. 137. Die erste dieser Fragen zu A.) kann hier übergangen werden, dabey ihr gar keine Lehen- oder Stammschuld in Frage ist, mithin sie nicht unter den vorgezeichneten Hauptsaz gehört, und da sie im neuen wie im alten Recht, nur aus der genauen Einsicht

der jeweiligen Kaufverhältnisse beurtheilt werden kann, weil sie mehr Willensfrage als Rechtsfrage ist.

Zu B) ist die Frage in einem doppelten Gesichtspunkt zu beantworten, a) die Frage, so weit sie das Kauf- oder Erbgeld betrifft, ist abermals keine lehenrechtliche sondern eine landrechtliche Frage, die lediglich aus der Lehre von Erbkäufen und Theilungen beantwortet werden muß, weil sie den Lehensvertrag selbst gar nicht berührt, und sie ist dabey auch großentheils eine aus den Umständen zu beantwortende Willensfrage. So fern sich aber nichts besonders für oder wider ergäbe, würde man sagen müssen, daß den LandErben kein Rückforderungsrecht zustehe, mithin anders als Pufendorf a. a. O., und Struben I. Band 145. entschieden, und demjenigen ähnlich was Struben III. Band 85. ausführt, um den abgelegten Lehensfolger von der Rückforderung auszuschließen. Der Gegenstand der Abtheilung ist nemlich nicht das GrundEigenthum, sondern das NuzEigenthum, welches nichts anders ist als eine erbliche Nuznießung, Erl. I. S. 442, also eine Gattung Genusses, daher das von dem Erblasser gegebene Erbgeld nichts anders ist, als ein Kaufgeld für den überlassenen Antheil der übrigen LehenErben an diesem Genuß. Stirbt der Käufer bald und ohne LehensErben, so hat er sich freylich zum Nachtheil seines freyeigenen Vermögens verrechnet; aber er hat deswegen nicht minder alles genossen, was er gekauft hat, das ist einen, je nach Glücksfällen langen oder kurzen Genuß, für so lange sein Genußrecht dauert. Die nachmaligen Lehensfolger, indem sie nach seinem Tod aus Lehenerbrecht in den Genuß treten, erlangen dadurch nun nicht wieder ihr vorigés Mitgenußrecht, welches nur so lang dauerte, als der vorige Inhaber

die Eigenschaft hatte, Lehensnießer zu seyn, sondern ein eigenes ihnen durch Erbrecht aus Vorsorge des Stammhaupts neu anerfallenes Genußrecht im Ganzen. Auf dieses kann ihr voriger Erbvergleich gar nicht bezogen werden Sz. 2050, und es wäre daher eben so ungereimt, wenn man den LandErben, die einmal gewiß kein Rückforderungsrecht auch nur scheinbar gehabt hätten, wenn vor Jahrhunderten von ihren UrEltern solcher LehensGenuß auf diese Weise erkauft worden wäre, nun solches darum geben wollte, weil jener Glückskauf oder Glückstheilung nur vor wenigen Jahren geschehen und deswegen ihnen nicht zu Glück ausgefallen ist. Dieses wäre ganz gegen die Natur solcher Glücksverträge, vergl. Sz. 1964, 1967, 1976 und 1979. Ist aber nun dieses, so kann zu b.) wegen der übernommenen Schulden der Grund, daß sie einen stellvertretenden Theil des Erbegelds oder Abfindungspreises ausmachten, die Folge einer Rückforderungsbefugniß der LandErben nicht begründen, wie Puffendorf loc. cit. meynt. Aber auch der weitere Grund, den er anführt, daß nemlich der Verstorbene, indem er die ganze Lehensschuld bezahlte, eine zum Theil fremde Schuld als Geschäftsführer der damaligen LehensMitErben bezahlt habe, ist schon nach altem wie nach neuem Recht unanwendbar. Freylich würde er richtig seyn, wenn derselbe nur seinen Antheil am Lehen genossen, und doch die ganze Schuld bezahlt hätte; aber so, da er in der Theilung das ganze Nuz-Eigenthum übernahm, dem die Schulden oblagen, so zahlte er nicht mehr eine brüderliche sondern seine eigene Schuld, und da er es kraft eines Erbtheilungsvergliche that, mithin aus Schuldigkeit nicht aus freyem Willen, so kann dieses keine Geschäftsführung für einen andern genannt wer-

Digitized by Google

den; ferner da die ausgewiesenen Brüder, wenn sie ihren Theil zur Zahlung hätten übernehmen sollen, für die Abfindung von dem Genuß gerade um so viel mehr würden haben fordern können und müssen, als die Schulden betrugen, so fällt abermal aller Rechtsgrund weg, woraus die LandErben eine Rückforderung ableiten könnten. Gesezt auch es wären die ganz eigentlichsten LehensSchulden gewesen, so hatte der Verstorbene doch den Theilbetrag der abgefundenen Gläubiger nicht als Lehensschuld, sondern als seine TheilungsVertragsschuld gezahlt, und so wie nun der Genuß des Lehens zum freyeigenen Vermögen gehört, so müssen auch die dafür erkauften Schulden, sie mochten ihn nun übersteigen oder nicht, als stellvertretendes freyeigenes Vermögen gelten, mithin deren Tilgungsbetrag von den LandErben nicht zurückgefordert werden können. Nach badischem Lehenrecht unterliegt dieses alles noch weniger einem Zweifel, denn dieses sagt „daß wegen einer Lehensschuld, die „einmal, wenn gleich aus Allodialvermögen von dem Lehens„mann bezahlt worden ist, die LandErben in keinem Fall ei„nen Rückgriff an das Lehen und die Lehensfolger zur Er„stattung machen können." Aber ob nicht dieses allgemein *lautende* Gesez da einzuschränken seyn möchte, wo die Frage ist zu C) von eigentlichen ursprünglichen, nicht blos übernommenen LehensSchulden, die der Verstorbene nicht aus Vertragspflicht sondern als Lehensbesizer zahlte, das möchte Manchen eine billige Frage dünken. Zwar sollte nach der Allgemeinheit jener Ausdrücke die Frage nicht entstehen, weil der Richter nicht unterscheiden darf, wo es das Gesez nicht that, Sz. 6. a.: aber wenn es auch hier erlaubt wäre, der Billigkeit oder dem natürlichen Recht nachzugehen, so

Digitized by Google

würde doch die Rückforderung nicht unterstüzt werden können. Denn nach Sz. 577 cp und cq, welcher die Stamm- und LehensSchulden in Absicht der Behandlung einander gleich sezt, sind auch die eigentlichen SonderSchulden solcher Güter immer nur Schulden des Genusses, und der Lehns- oder Stammguts-Besizer, der sie gezahlt hat, ohne sich den Eintritt in die Rechte des Gläubigers zu bedingen, und damit die alte Schuld vor dem Erlöschen zu bewahren, kann nicht sagen, daß eine auf dem Genuß haftende Schuld noch vorhanden sey; er kann auch nicht sagen, daß sein Geld, womit er zahlte, in das Lehen selbst, weder als Erhaltung noch Verbesserung, verwendet worden, sondern nur in den zur ZahlungsZeit sein Eigenthum ausmachenden Genuß ist es verwendet worden, und da nun der Lehenfolger nicht diesen, sondern einen andern aus eigenem Recht entstehenden Genuß hinnimmt, so besizt er nichts, in was jenes Geld verwendet worden. Es bleibt also auch hier billig bey jenem allgemeinen Buchstaben des badischen Lehenrechts so weit der LandErbe, als solcher und nicht als Rechtsfolger in die Rechte des bezahlten LehensGläubigers kraft RechtsEintritts, fordert und fordern kann, wo aber der lezte Fall eintreten würde, da möchte allein der Lehens- oder StammErbe zu vergüten schuldig seyn; so weit er nicht zeigen könnte, daß nach der Natur des GenußErtrags oder nach den vorhandenen besondern StammgutsGesezen, der Verstorbene aus dem Genuß die Schuld zu tilgen schuldig, und daher einen RechtsEintritt zu Lasten des Nachfolgers sich vorzubehalten oder anzusprechen unbefugt gewesen sey.

25.

Unterschrift der Stammverwandten, als Anerkennung einer Lehen- oder Stammschuld.

Nach dem Geist der Napoleonischen Gesezgebung kann eine Unterschrift nur die Uebernahme einer Verbindlichkeit, aus dem auf Dritte lautenden Vertrag, alsdann beurkunden, wann in dem Vertrag oder in einem Beysaz derselben, diese Bedeutung als Zweck der Unterschrift ausgesprochen ist, oder der Inhalt der Urkunde so lautet, daß der Unterschreibende, der ohne nähere Erklärung oder Rechtsverwahrung unterschrieben hätte, und nun doch nicht diese Unterschrift auf eine Einwilligung in die Uebernahme einer Verbindlichkeit gelten lassen wollte, durch die Unterschrift eine Unrichtigkeit bezeugt haben würde. Erl. IV. 16, 230, 499. Einer dieser Umstände muß also auch bey Verträgen, die auf Lehen- oder Stammgut Bezug haben, und von Stammverwandten unterschrieben sind, hinzu kommen, um daß eine gemeine Schuld dadurch zur Lehen- oder StammSchuld werde, und für übernommen von den Verwandten gelte: vergl. Puffendorf P. III. Obs. 144. Der Umstand allein, daß kein Anlaß oder Zweck von einer bloßen Bezeugung der Urkunde abzusehen sey, reicht nicht hin, einer Unterschrift den Zweck einer VerbindlichkeitsUebernahme zu unterlegen, vergl. Sz. 2180 a: denn eine Handlung kann wegen ihrer sonstigen Zwecklosigkeit nur da für Einwilligung angezogen werden, wo erwiesen ist, daß zuvor eine Aufforderung zur Einwilligung eingetreten ist, Sz. 1108 b. Am wenigsten würde die bloße Unterschrift eines Heyrathsvertrags dafür auszulegen seyn, da der Ver-

Digitized by Google

wandten viele hier gewöhnlich blos als Urkundspersonen auftreten.

26.

Kosten der NuznießungsVerzeichnisse.

Die Verschiedenheit der RechtsMeynungen ob der Nuznießer allein, oder der GrundEigenthümer allein, oder beede mit einander halbtheilig, die Kosten der VermögensVerzeichnung zu tragen haben, wovon das Erste meines Erinnerns niemand, das Zweite Hommel. Obs. 242, und das Lezte Meier Coll. Jur Arg. L. 7. P. 9. Th. 8. behauptete, ist geradezu im C. N. nicht entschieden: indessen folgweise läßt sich dennoch eine unzweifelhafte Entscheidung finden. Für das Erste sagt Sz. 600 „der Nuznieſſer darf in „den wirklichen Genuß nicht eintreten, ehe er in Gegenwart „des Eigenthümers ein VermögensVerzeichniß aufgenommen „hat“ hierdurch ist ihm die Besorgung des Verzeichnisses zur Pflicht gemacht und für eine Bedingung des Genusses vereigenschaftet; daraus folgt, daß er die Kosten — und wäre es einstweilen nur vorschußweise — hergeben muß. Diese Folge begründet Sz. 471, der, obwohl die Rechnungsklage auf Kosten der Minderjährigen geht, dennoch dem Vormund, weil er der Rechnungspflichtige ist, den Vorschuß auflegt. Aber es folgt noch nicht, daß der Nuznießer sie auf sich behalten muß. Um jedoch diese Auslage nur für einen Vorschuß anzusehen, und mithin gegen irgend jemanden eine ErsazAnrechnung zu gestatten, muß ein, die Zahlungsschuldigkeit eines Andern aussprechendes, und jene Forderung begründendes Gesez vorgelegt werden.

Zwey

Hier sind zwey Verordnungen anwendbar, nemlich der Sz. 810, welcher von einer mit Rechtsvorsicht angetretenen Erbschaft sagt, die Kosten der Erbverzeichnung und Rechnungsklage fallen auf die Erbschaft, und der Sz. 1059, der in dem Fall einer AfterErbschaft von der Erbverzeichnung sagt, die Kosten fallen auf die Erbschaft. Aus beeden geht die Absicht hervor: der Eigenthümer soll die Verzeichnungskosten tragen, so daß sie an der Erbmasse abgehen: selbst derjenige welcher, wie der LastErbe, widerruflicher Eigenthümer ist, behält sie nicht auf sich, sondern zieht sie einst dem AfterErben ab, und verliert nur die Zinsen davon während seiner Inhabungszeit: es ist also nicht der Wille des Gesezgebers, daß sie dem Genuß ganz oder zum Theil obliegen, nur die Entbehrung der Zinsen desjenigen, was darauf zu verwenden ist, liegen ihm ob, folglich kann auch des Gesezes Wille nicht seyn, daß der, welcher nur einen schwächern Genuß hat — als wofür die Nuznießung einem widerruflichen Eigenthums-Genuß gegenüber sicherlich anzusehen ist — diese Kosten ganz oder zum Theil auf sich nehme. Sie sind daher nicht als Lasten die auf dem Genuß, sondern als solche die auf dem Eigenthum haften, anzusehen. Sobald sie nun das sind, so bestimmt Sz. 609 hinlänglich, daß der Nuznießer der sie bezahlt hat, nach geendigter Nuznießung das Kapital derselben zurückfordern darf. Man möchte zwar aus diesem Saz versucht werden, wenn er auf Erbverzeichnungs-Kosten angewandt wird, zu folgern, daß der Nuznießer sie auch nicht einmal vorzuschießen schuldig sey, weil die Eigenthumslasten im Kapital dem Eigenthümer, und nur die Verzinsung dem Nuznießer auferlegt, sofort dem Leztern nur der Vorschuß auf Ersaz hin freygestellt ist. Allein diese Folgerung findet deßhalb nicht

Digitized by Google

statt, weil der Nuznießer des Erbverzeichnisses als Genußbefähigung bedarf, also nur durch dessen Fertigung zum Genuß kommen kann, woraus die Nothwendigkeit des Kostenvorschusses für ihn hervorgeht.

27.

Schuldenbeitrag der Erbschafts Nuzniesser.

Die landrechtliche Uebersezung des C. N. Sz. 612 hat für ein UebersezungsVersehen geachtet werden wollen, weil in den Erläuterungen, welche über die jeweilige Aenderungen oder nähere Bestimmungen Rechenschaft geben, zu diesem Saz sich nichts bemerkt findet, und doch eine Abweichung vom Grundtext erscheint. Die Bemerkung, wovon sich das einschlagende Blatt bey der Sammlung zum Druck nur verschoben hatte, blieb unvorsäzlich aus. Dagegen ist die Uebersezung vorsäzlich so gemacht, wie sie lautet. Sie sagt nemlich:

„Wer an einem ganzen Nachlaß, oder auch nur an „einem Theil desselben als Erbe oder als Erbtheilneh„mer die Nuznießung hat, haftet zugleich mit dem Ei„genthümer für Tilgung der Schulden auf folgende „Weise: man schäzt im leztern Fall den Werth „des Antheils, welcher der Nuznieſſung un„terworfen ist u. s. w.

Diese lezte durch andere Lettern ausgezeichnete Stelle heißt im Französischen

On estime la valeur du fonds sujet à usufruit

Dieses genau verdeutscht hätte lauten müssen:

„Man schäzt den Werth des der Nuznießung unterwor-
„fenen Vermögens"

Der Unterschied beeder Uebersezungen ist auffallend und folgereich. Nach dieser, die jezt gewählt ist, tritt vermög der eingeschobenen Worte: in lezterem Fall a) eine Werthschäzung nur in dem einen Fall ein, wo der Nuznießer nur an einem Theil einer Verlassenschaft, der einem TheilErben zugewiesen ist, seinen Genuß zu suchen hat, und b) sie soll nur die Größe des Erbtheils, das der Nuznießung unterliegt, im Verhältniß gegen den von dieser Last freyen Theil bestimmen. Dagegen nach dem Buchstaben des Grundtextes tritt sie zu a) in jedem Fall ein, es mag eine ganze Verlassenschaft oder eine TheilErbschaft unter die Nuznießung fallen, und zu b) scheint sie das Verhältniß des Werths der Nuznieſſung zu jenem des belasteten GrundEigenthums bestimmen zu sollen.

Die Ursache dieser abweichenden Uebersezung war folgende. Diese Stelle hat unter den französischen Auslegern schon ganz entgegengesezte Ansichten veranlaßt. De la Porte pandectes françoises, T. V. Art. 712. verlangt daß der Werth der Nuznießung und der Werth des GrundEigenthums gegen einander geschäzt werden, und daß darnach die SchuldenAustheilung zwischen ihnen geschehe. Seine Worte sind: l'estimation doit se faire de la nuë-proprieté separée du domaine utile, ou de la jouissance. C'est ce qui est assez clairement indiqué par les termes de cet article, qui prescrit l'estimation du fond sujet à l'usufruit: si la valeur de ces fonds est, comme cela arrive assez ordinairement, de la moitié, le propriétaire et l'usufruitier doivent payer chacun la moitié des dettes. Le dernier paye cette moitié

Digitized by Google

sans aucune répetition. Quand à l'autre moitié elle doit être remboursée à lui, ou à son héritier à la fin de l'usufruit sans interêts, parcequ'ils se compensent avec la jouissance etc. Hingegen sind Bousquet explication du code civil T. II. Art. 612. und Maleville Analyse de la discussion du code civil, P. II. Art. 612. der Meynung, der Nuznießer habe nur die Zinsen, nicht den Hauptstock der Zinsen auf sich zu leiden, und eine Theilung nach dem geschäzten Werth des nuznießlichen Theils einer Verlassenschaft trete nur da ein, wo jemand Nuznießer eines bloßen Erbtheils ist. Die Worte des leztern sind: le commencement de cet article ne doit pas être entendu dans le sens qu'il semble présenter d'abord, et qui seroit que l'usufruitier fut tenu independamment de la restriction de son droit, de ne jouir, que ce qui reste de biens les dettes payées, à contribuer de sa poche au payement de ces dettes. Cette prétention seroit absolument contraire à la disposition des lois romaines, à l'usage du pays de droit écrit et coutumier, à la pureté même des regles — — Comme il n'y a des biens effectifs, que ceux qui restent après les dettes payées, il faut sans doute que l'usufruitier se deporte d'une portion de ces biens, à concurrence des dettes et pour leur payement, et tel étoit aussi l'usage. Mais il n'en resulte nullement, qu'independamment de cette portion de biens, dont il doit se departir, il doive de plus sortir de sa poche et payer la moitié ou le tiers, suivant les circonstances, de ces dettes la même, pour l'acquit desquelles il s'est déja departi de la jouissance d'une portion de biens; cela seroit absolument contraire à la justice.

Zwischen diesen zweyerley Meynungen mußte man bey der Uebersezung wählen, weil der GesezgebungsAuftrag mit

sich brachte, soviel möglich durch die Uebersezung allen Zweydeutigkeiten und Strittigkeiten vorzubeugen. In dieser Wahl war es natürlich, der lezteren Meynung beyzustimmen 1) weil sie mit dem alten Landsbrauch übereinstimmt, von dem man billig nicht ohne Noth abweicht; 2.) weil sie, des entgegenstehenden Wortlauts unerachtet, die Absicht der französischen Gesezgebung zu erreichen scheint, da in dem zwischen zwey Privatrechtslehrern De la Porte und Bousquet geführten Streit, der Beytritt des selbst an der Gesezgebung einen ehrenvollen Antheil behauptenden gelehrten Hrn. Maleville, der Meynung des Bousquet ein großes Uebergewicht gibt; 3.) weil gar kein Grund abzusehen war, warum die französische Gesezgebung, die nur meistens da durchschnitt, wo zwischen den Ländern des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts eine Verschiedenheit der Rechtsverfassung obwaltete, hier eine Abweichung hätte wählen sollen, wo keine solche Verschiedenheit vorlag; 4.) weil die Billigkeit offenbar auf dieser Seite steht, indem jeder, der eine Nuznießung übernimmt, dadurch eine Sache bekommt, deren Umfang ganz ungewiß ist, und es also sehr hart wäre, wann er eine, in ihrem Umfang bestimmte, vielleicht einer zwanzigjährigen Nuznießung anpassende Last, auf einen Genuß vielleicht von einem halben Jahr übernehmen, somit ein äusserst gewagtes Glücksgeschäft einzugehen gezwungen seyn sollte; 5.) weil die Annahme der andern Meynung bey uns noch viel größere Schwierigkeiten als in Frankreich gehabt hätte; dort ist man an Verkauf und Schäzung des bloßen GrundEigenthums gewöhnt, s. Sz. 1410. Abs. 2. Sz. 1413, 1417, bey uns nicht. Erl. IV. S. 251., weswegen der Verkauf des bloßen GrundEigenthums in der Regel verboten ist.

Sz. 2205 a. Hier hätte also blos durch die äusserst beschwerliche und mißliche Rechnung nach der Lebenswahrscheinlichkeit (s. Sz. 28.) die Schäzung ausgemittelt werden müssen.

28.

Schäzung der Nuznieſſung.

Es hatte jemand sein Vermögen einem zwei und zwanzig jährigen Neffen vermacht, und einem guten Freund der sechszig Jahr alt war, die Nuznießung davon gegeben. Das Vermögen betrug im Anschlag 19800 fl. worauf aber 3000 fl. Schulden ruhten. Der Neffe der im Begriff war in fernen Landen eine Niederlassung anzutreten, wünschte, der Freund möchte entweder das Vermögen ihm abkaufen, oder sich seine Nuznießung abkaufen lassen. Dieser war zu Einem oder dem Andern nicht ungeneigt, wollte aber zuvor belehrt seyn, welches in einem oder dem andern Fall der billige Werth sey. In Beantwortung dieser Frage ward vorderſamſt vorausgeſezt, daß an den Schulden dem Nuznießer nur die Zinsen abgehen, und er am Hauptstock selber nichts zu leiden habe (Stück 27.) Dieſemnach war das Vermögen rein auf 16800 fl. anzunehmen, wovon die geſezlichen Zinsen jedes Jahr 840 fl. abwarfen. Hier war nun zuerſt zu wiſſen, wie lang nach den Regeln der Lebenswahrscheinlichkeit der Freund, der geſund und ſtark war, die Nuznießung zu ziehen habe. Nach den Süßmilchiſchen Tabellen — wovon zum Gebrauch derer, welche ſeine in rechtsgelehrten Büchersammlungen ſeltene Schrift nicht bey der Hand haben, einen Abdruck im Stück 227. dieſes Buchs folgt — beträgt dieſe Zeit 12 Jahre, wovon man auch hier bey der Lebensart Stärke und Geſundheit des Nuz-

Digitized by Google

nießers etwas abzurechnen nicht nöthig hatte. Diese 840 fl. hat daher der Nuznießer zwölfmahl zu ziehen. Da er aber die erste Zahlung erst nach Ende des ersten Genußjahrs, und so fort jede um ein Jahr später einzunehmen hat, hingegen der Käufer den Kaufpreis gleich baar erlegen muß, so ist hier nothwendig, die im Saz 2217 f. bestimmte ZwischenZinsrechnung anzustellen, welches geschieht, indem an dem JahrsErtrag (wenn man dessen Werth in der Vorauszahlung berechnet) oder an dem Kapital (wenn dieses es ist dessen Vorauszahlung bestimmt werden soll) $\frac{1}{21}$ für ein Jahr und so von jedem Rest für ein folgendes Jahr wieder $\frac{1}{21}$ abzieht, wobey jedoch die Brüche unter einem halben für Nichts und jene darüber für ein Ganzes gerechnet sind, und stets so ohne Nachtheil zur Abkürzung berechnet werden können.

Jahrs-Genuß	Abzug	Werth desselben ad 480 angeschlagen	Werth des Kapitals ad 16800
1 —	— 40 —	— 800 —	— 16000
2 —	— 38 —	— 762 —	— 15238
3 —	— 36 —	— 726 —	— 14512
4 —	— 35 —	— 691 —	— 13821
5 —	— 33 —	— 658 —	— 13163
6 —	— 31 —	— 627 —	— 12536
7 —	— 30 —	— 597 —	— 11939
8 —	— 28 —	— 569 —	— 11370
9 —	— 27 —	— 542 —	— 10828
10 —	— 26 —	— 516 —	— 10312
11 —	— 25 —	— 491 —	— 9821
12 —	— 23 —	— 468 —	— 9353
		7447	

Digitized by Google

Hierbey ist noch zu merken, daß der Abzug am Kapital ad $\frac{1}{21}$ jedesmal mit dem berechneten Werth der Nuznießung von solchem Jahr zusammentrifft, mithin solcher deswegen nicht in einem besondern Feld angezeigt zu werden brauchte. Weiter ist zu erinnern, daß der Betrag der Nuznießung eine jedes Jahr neu entstehende Schuld ist, daher auch ihr Kaufpreis oder Werth jedes Jahrs eine eigene Summe ausmacht, somit aus deren Zusammenrechnung allererst der Werth der ganzen Nuznießung hervorgeht, weswegen dieses Feld oben zusammengerechnet ist. Dagegen ist der Werth des am Ende der Nuznießung übrigbleibenden Kapitals eine einmalige Summe, mithin ist auch die abnehmende Werthsumme die neben jedem Jahr stehet diejenige, die für den Abkauf bis dahin bezahlt werden müßte, diese darf nie zu den vorhergehenden oder nachfolgenden gerechnet werden, um die Werthsumme des Abkaufs zu erfahren, deswegen ist dieses Feld nicht zusammengerechnet. Das, was sich aus dieser Rechnung ergibt, ist folgendes:

A.) Der Kaufpreis, welchen der Freund zu zahlen hat, wenn er das GrundEigenthum an sich kaufen will, ist 9353 fl., und davon konnte ihm auch nicht viel abgedungen werden, einestheils weil indem er das Ganze alsbald eigenthümlich in die Hand bekommt, er damit nach Belieben schalten und walten, und es zum höchsten Nuzen treiben, auch jeden Augenblick nach Zeit und Umständen seine ErwerbsAnstalten, um es besser zu benuzen, ändern kann, anderntheils, weil im Einzelnen wenn die Wirklichkeit des Lebens bey ihm unter der Wahrscheinlichkeit bleibt, nicht er, sondern bloß nach ihm seine Erben den Nachtheil

empfinden, dagegen wenn sich über solche hinaus sein Leben verlängert, er selbst den Genuß davon hat: im Ganzen also darum, weil der Verkäufer hier zu seinem Preis alle Wagnisse der Zinsanlegung übernehmen muß.

B.) Der Kaufpreis, welchen der Neffe für den Abkauf der Nuznießung zahlen muß, ist 7447 fl. Diesen hingegen ganz zu zahlen, kann ihm billig nicht zugemuthet werden. denn Liegenschaften, die in der Verlassenschaft sind, tragen rein kaum vier vom Hundert; der KapitalErtrag ist wegen dem großen Risiko des Müßigliegens, des Verlierens und WiederErgänzens eben auch im mittlern Ertrag nur zu vier vom Hundert anzunehmen, Sz. 127 b. Auf diesen mittlern Ertrag aber sind nur die NuznießungsAnschläge zu stellen, Sz. 745 a. Da nun jener Nuznießungswerth auf einen Ertrag zu fünf vom Hundert berechnet ist, so ist um solchen auf einen Ertrag zu vier vom Hundert anpassend zu machen, $\frac{1}{5}$ abzurechnen, bleiben also 5958 fl. Etwas mehr als dieses, etwa zwischen 6000 und 6600 fl., möchte also ein billiger Abkauf für diese Nuznießung seyn.

29.

Lange unentgeldlich genossene Wohnung.

Ein Freund A. hatte bey seinem Freunde B. über zwölf Jahre gewohnt, ohne daß jener diesem eine Miethe bezahlt, noch dieser an jenen eine gefordert hätte. Als sich dieselben einsmals entzweyten, suchte A. seine Wohnung für ein Wohnungsrecht geltend zu machen, das durch mehr als zehnjährige Einräumung stillschweigend verwilligt wäre, und ihm als solches lebenslang bleiben müsse, weil die bis-

Digitized by Google

herige wissentliche Duldung für Verwilligung gelte, L. 3. pr. ff. de usufr. L. 2. C. de adq. poss.; dahingegen wollte B. sie für eine stillschweigende Miethe angesehen wissen und verlangte Nachzahlung eines billigen MiethZinses, weil diese Vergünstigung, wenn sie auch kein Bestand sey, doch als ein ungenannter Vertrag gelten könne und müsse, Leyser CCXIII. Med. 5. Weder eine noch die andere Meynung wollte dem Richter einleuchten, welcher geneigt war den Vorgang für eine Leihe (commodatum) oder noch eigentlicher für eine Bittleihe alten Rechtens (precarium) anzusehen, wo hingegen dem neuen Recht, so wie einer reinnatürlichen RechtsAnsicht am gemäßesten geachtet wurde, den Vorgang gar für kein Rechtsgeschäft anzusehen, sondern für einen im Recht folgelosen Thatstand (statum facti). Zwar kann a) noch jezt wie ehemals die Nuzung und Nuznießung einer Sache, und so auch das zu Ersterer gehörige Wohnungs-Recht durch den Willen des Eigenthümers erlangt werden, Sz. 625 und 579; auch wird keine ausdrükliche Verwilligung noch weniger eine schriftliche desfalls erfordert; ebenso streitet es b) mit der Natur eines Miethvertrags nicht, daß er stillschweigend zu Stand komme, vergl. Sz. 1714 und 1759, und es steht c) für die Unterstellung einer Leihe anzuführen, wenn ein Bestand stillschweigend zu Stand kommen könnte, so habe man noch mehr Grund zu sagen, es könne eine Leihe also zu Stand kommen, wenn gleich die Partheyen sich eben so wenig desfalls vorhin erklärt hätten, zumal, da, wenn auch die Leihe als etwas unentgeldliches, als eine Freygebigkeit oder Schenkung, weniger vermuthet werden dürfe, welches doch der C. N. nirgends gebiete, dennoch das langjährige Nichtfordern und NichtEntrichten eines

Miethzinses hier die Augenscheinlichkeit des unentgeldlich verliehenen Gebrauchs darlege, und damit alles Umsehen nach Vermuthungen unnöthig mache, endlich scheint d) eine Vergünstigung oder Bittleihe, wenn sie gleich als eigene Form im neuen Recht nicht vorkommt, sondern unter dem allgemeinen Leihvertrag als eine unbenannte Art mitlauft, Erl. III. S. 661. hier um deswillen, weil das ganze Wohnungsverhältniß aus Freundschaft entstanden ist, dem Hergang vorzüglich angemessen. Hiergegen steht jedoch folgendes zu erwägen: zu a) schon im römischen Recht begründete eine bloße stillschweigende Vergünstigung, eben wegen ihrer Zweydeutigkeit, nicht schon für sich das Recht einer Servitut, sondern machte nur den Zustand der Dienstbarkeit ersitzbar. Dieses Nichtbegründen ist im Napoleonischen um so gewisser, weil nach Sz. 690 nur ausdrückliche Vergünstigung oder eine dreißigjährige BesitzDauer den Erwerb einer Dienstbarkeit begründen, Sz. 690., welche leztere Dauer nie nöthig werden könnte, wenn die in einem wissentlich geduldeten Gebrauch liegende stillschweigende Vergünstigung vor hinzukommendem ZeitAblauf schon eine Dienstbarkeit erschaffen könnte. Daher konnte hier, wo jener Zeitraum noch lange nicht abgelaufen ist, von dem Erwerb eines Wohnungs Rechts keine Rede seyn, hiernächst zu b) die im Gesez allein erwähnte stillschweigende Erneuerung eines Miethvertrags giebt noch nicht so schlechthin Folge auf eine stillschweigende Schliessung desselben, denn bey jenem Rechtsgeschäft liegt schon ein durch den Gebrauch völlig bestimmtes Rechtswesen vor (nemlich der erste Bestand) das durch Handlungen leichter wieder bewilligt werden kann; und ob nun wohl damit nicht gesagt seyn soll, daß die Schliessung eines Be-

Digitized by Google

stands nicht auch stillschweigend geschehen könne, welches allerdings da zugegeben werden muß, wo es sich trifft, daß die Bedingungen ebenso ausgemacht voraus da stehen, wie bey einer Erneuerung, so ist doch α) dieses bestimmte Dastehen allemal ein wesentliches VorErforderniß, weil Sz. 1108b. zu jeder stillschweigenden Uebereinkunft eine von Einer Seite geschehene und vorausgegangene zur Annahme reife Erklärung fordert, und es macht β.) der Sz. 1129 und 1593. weiter nothwendig, daß diese Erklärung solche Sachen, die wenigstens in der Gattung bestimmt sind, und alsdann zugleich ein Mittel, sie näher zu bestimmen, Erl. III. Sz. 491. angeben müsse. Hier aber hat zu α.) kein Theil voraus eine Erklärung gethan, auf welche man das Stillschweigen und die nachgefolgte Duldung beziehen könnte, und es mangelt folglich an aller Uebereinkunft, noch weniger zu β) sind die gehörige Bestimmungen vorhanden, da man nicht ersieht, ob auf der einen Seite die Wohnung auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit, als eine unkörperliche Sache, wovon das Wohnen der Genuß ist, d. i. ein Wohnungsrecht, oder als ein bloßer Genuß des Hauses als einer körperlichen Sache, als Miethwohnung gegeben worden ist, und da man ebenso auf der andern Seite nicht weiß, ob ein Preis, und solchenfalls ob in Geld oder in andern Dingen, und ob er als ein Ganzes auf einmal (als ein Genußkaufschilling) oder als eine zielweise Gabe (als ein Bestandschilling) beabsichtet gewesen ist, noch viel weniger wer in einem oder dem andern Fall den unbestimmten Betrag schäzen soll. Wenn nun gleich zu c) bey einer Leihe als einem unentgeldlichen Vertrag die Bestimmtheit eines Preises wegfällt, so wäre doch noch immer zu α.) die zu jeder Ueber-

Digitized by Google

einkunft nöthig vorausgegangene hier nicht vorhandene WillensErklärung, und zu β.) die wegen der Ungewißheit, ob ein Wohnungsrecht oder ein Wohnungsgenuß gegeben worden, mangelnde Bestimmtheit der VertragsSache ein Umstand, welcher auch den Leihvertrag ausschließt, wogegen eine Augenscheinlichkeit der unentgeldlichen Verleihung vergebens angerufen wird, da wohl der unentgeldliche Genuß als Thatsache, aber keineswegs das Rechtsverhältniß einer Verleihung augenscheinlich vorliegt. Zwar würde man zu γ.) nach alter Weise hier einen stillschweigenden Vergünstigungsvertrag ohne Anstand anerkannt haben, obwohl weder eine Erklärung auf unbestimmte Zeit genieſſen zu wollen von der einen Seite, noch ein Vorbehalt des Widerrufs auf der andern Seite vorhanden war, weil man gewöhnt war, diese Ansicht auf dergleichen VertraulichkeitsVerhältnisse (jure familiaritatis) durch Rechtsvermuthung, die doch mehr einer Rechtsdichtung glich, anzuwenden. Aber in unserm Recht, wo eine ausdrückliche Bittleihe nur als Leihe überhaupt erscheinen kann, in solchem, sage ich, mag vollends da, wo nicht einmal eine ausdrückliche Bittleihe wegen den obengedachten Mängeln der Uebereinkunft und der Bestimmtheit bestehen würde, noch weniger an eine stillschweigende gedacht werden.

Alles was man mit Grund sagen kann ist das, die vorliegende Thatsache hat von keiner Seite die Eigenschaften irgend eines Rechtsgeschäfts oder eines Mittels, Rechte und Verbindlichkeiten zu begründen; sie bleibt daher ein bloſser Thatstand, woraus weder vorwärts noch rückwärts Rechte und Verbindlichkeiten erwachsen: so lang der Eigenthümer den Freund wohnen ließ, war er in dem Verhältniß

und den Verbindlichkeiten eines redlichen Besizers der Wohnung, in dem Augenblick, wo jener sich des seinem Eigenthum einwohnenden Ausschließungsrechts bediente, ward er unredlicher Besizer. Sein Zustand steht in der Rechtsähnlichkeit mit jenem des Manns, welcher der Frau zugebrachtes Gut genießt, Sz. 1578.

30.

Geschlossene Wässerungen und verjährte Bitten.

A. hatte eine Quelle auf seinem Gut; das Rinnsal ihres Ablaufs lief längst innerhalb an der Gutsgrenze hin, ward zu mehreren Wässerungen auf dem Gut benuzt, und ergoß sich unten in einen zum Gut gehörigen Fischteich. Ausserhalb an jener Grenze hatte B. eine Wiese, die mit mehreren Wässerungskanälen durchschnitten war, in welche mittelst Aufziehung einer Stellfalle Wasser von jenem Ablauf der Quelle eingelassen werden konnte. A. wollte zu Errichtung eines Wassergewerbes jenem Wasserlauf eine andere Richtung geben, wobey die Wässerung wegfiel. B. widersprach wegen behaupteter Wässerungsgerechtigkeit, die aber A. läugnete, und wegen welcher mehr nicht zum Beweis aufgebracht werden konnte, als daß mehrere Zeugen aussagten, wie seit etlich und dreyßig Jahren die Vorfahren des B. und er selbst seine Wiese durch diese Stellfalle, die auch weiter keinen Nuzen gewähren könne, gewässert, die Bretter an der Stellfalle einmal ausgebessert, und zur Oefnung der Stellfalle jeweils zuvor den A. um Erlaubniß gebeten habe.

Digitized by Google

Im Verlauf der Verhandlungen hatte A. das Recht seiner Aenderung des Wasserlaufs auf sein Eigenthumsrecht am Wassergraben gegründet, und als Merkmale der Nichteinschränkung desselben angeführt

I.) Die bisherige Wässerung sey jedesmal nur auf Bitten gestattet worden, dieses deute

a) auf einen Ursprung aus einer Bittleihe oder einem VergünstigungsVertrag (precarium) Erl. III. S. 661, ein so gearteter Besiz aber sey nicht ersizbar, Erl. IV. 290. 308 dieser widerrufliche Zustand sey um so gewisser zu unterstellen, weil b.) im Zweifel für den, der eine Verbindlichkeit übernehmen soll, und wider den, dem zu gut sie entstehen soll, gesprochen werden müsse, Sz. 1162. auch c.) für das Eigenthum, gegen dessen Beschränkung nach Sz. 544 a.

II.) Wann die vorliegende Wässerung aber auch zu einer Dienstbarkeit geeigenschaftet wäre, so seye diese nach seiner Meynung nicht wohlerworben, weil hier eine unständige Dienstbarkeit in Frage seyn würde, die niemals ersessen, sondern nur durch ausdrükliche Vergünstigung erworben werden könne, Sz. 691., deren keine vorlag. Die Unständigkeit jener Dienstbarkeit sollte daraus hervorgehen d.) weil das Wasser nicht immer auf des Nachbars Wiese fließe, sondern nur wenn es eingelassen wurde, folglich die stete Fortdauer des Gebrauchs wegfalle, auch e.) die Oefnung und Schliessung der Stellfalle ein nicht ohne Menschenzuthun möglicher Gebrauch der Dienstbarkeit, also nach Sz. 688. ein Merkmal der Unständigkeit um so gewisser sey, als selbst das Entstehen der Stellfalle nicht ohne Menschenbeiwirkung möglich gewesen, also von ihr durchaus alles im vorliegenden Fall abhängig sey; annebst ward von ihm f.) das Einlassen des Was-

Digitized by Google

sers durch die Stellfalle in die Gräben des B. nichts anders als eine Art eines Wasserschöpfens angesehen, welche jener Saz ausdrücklich unter die umständigen Dienstbarkeiten rechnet, so wie erg.) die Weggerechtigkeit dahin zählt, unerachtet der Weg, auf dem sie ausgeübt wird, etwas Ständiges ist.

Hingegen hatte B. seinen Widerspruch auf das Eigenthum der Stellfalle, das sammt seiner Bestimmung ihm nicht entzogen werden könne, gestüzt, und im übrigen geantwortet: zu I. und a) Es sey die jährliche Bitte nicht auf die Erlaubniß des Gebrauchs des Wassers gerichtet gewesen, sondern auf die Zeit dazu, damit diese so gewählt werde, wie sie dem A. als Eigenthümer des Bachs am mindesten beschwerlich sey, wie solches Sz. 645 rechtsähnlich gebiete, und zu b) man finde sich hier nicht im Fall der Auslegung eines Vertrags, indem hier keiner bekannt sey, und für diese allein sey die Zurückführung auf die mindeste Verbindlichkeit zur Regel ausgesprochen; desgleichen zu c) die Nichtvermuthung der Einschränkung des Eigenthums sey hier nicht entscheidend, denn er habe gerade so viel Recht, sie für seine Stellfalle, als der Andere für das Eigenthum seines Grabens anzuführen, welchem jedoch A. widersprach, weil das Eigenthum der Stellfalle nicht erwiesen sey, und der Boden es nach Sz. 553 für ihn an sich ziehe; zu II.) sollte die Selbstständigkeit der Dienstgerechtigkeit damit erwiesen werden, es würde zu d) das Wasser, wenn es nicht durch die Stellfalle gehindert würde, immer über des Nachbars Wiese fliessen können, lasse also einen stäten Gebrauch möglich, es daure zu e) die Stellfalle, nachdem sie einmal da sey, ohne Menschenzuthun fort, und möge es darauf nicht ankommen, daß

sie

sie ohne Menschenbeywirkung nicht habe entstehen können, indem, wenn man darauf sehen wollte, es fast keine unständige Dienstbarkeiten geben könnte, weil selten Eine gefunden werde, wo nicht für deren Entstehung oder für deren Erhaltung jeweils eine Beiwirkung von Menschen erforderlich sey, zu f.) sollte es keine richtige Ansicht seyn, wenn man die vorliegende Dienstbarkeit unter Wasserschöpf-Gerechtigkeiten rechne, da sie vielmehr zu den Wasserleitungen gehöre, welche der Sz. 688 ausdrücklich zu den ständigen rechnet, und noch weniger schien dem B. zu g) die gar nichts rechtsähnliches enthaltende Weggerechtigkeit hieher als Beispiel zu ziehen; überhaupt h.) meynte er nicht nöthig zu haben, sich in diese Rechtsfeinheiten einzulassen, da seine Anstalt eine Wässerung sey, die der Sz. 644 jedem erlaube, dessen Eigenthum längst einem fliessenden Wasser hinzieht.

Auf erfolgte Rathfragung ward der Streit dahin zu entscheiden angerathen, es seye A. zur Aenderung des Ablaufs der Quelle zum Behuf seiner vorhabenden Gewerb-Anlage jedoch nur also befugt, daß weiter oben, wo es mit minderem Nachtheil für seinen Gebrauch, und noch mit hinlänglicher Diensamkeit zur Wässerung geschehen könne, derselbe dem Nachbar die Stellfalle wieder einrichte, und dieser nach wie vor, um die Einlassung des Wassers jedesmal ihn begrüßen müsse.

Man kann gleich Anfangs auf die Gedanken gerathen, es enthalte dieser Anrath einen Widerspruch in sich selbst, oder eine gesezlose Willkühr, da man dem B. ein Recht der Wässerung zuspricht, das in diesem Fall nicht anders als durch Ersizung begründet seyn kann, und doch zugleich

eine Ortsveränderung für den Gebrauch derselben gestattet, die mit der Regel streitet, daß der Besiz nicht von Ort zu Ort übergetragen (St. 16.) und mehr als besessen worden nicht ersessen werden könne, L. 18. § ult. ff. de adq. poss.. Allein da hier eine Wässerung in Frage ist, wegen welcher, so oft sich Streit unter Nachbarn erhebt, den Gerichten zur Pflicht gemacht ist, den Vortheil der Landwirthschaft mit der Achtung, die man dem Eigenthum schuldig ist, zu vereinbaren, Sz. 645., so ist für dieses RechtsVerhältniß allerdings der Richter von der genauen Befolgung des Rechts oder Besizes in so weit entbunden, und zu Anwendung eigener Willkühr berechtigt worden, als es nöthig ist, um die beederseitige Zwecke in widerspruchslose Vereinbarung zu bringen, mithin war hier solche Willkühr nicht gesezlos.

Was aber die Gründe der angerathenen Entscheidung selbst betrifft, so war zu II.) aus den vorgegangenen jeweiligen Bitten allein auf eine widerrufliche Vergünstigung nicht zu schließen: denn Schenkungen, Entleihungen, u. d. gl. können auch Erfolge vorausgegangener Bitten seyn. Bey Dienstgerechtigkeiten findet dieses um so mehr statt, weil das Gesez nach unserer Uebersezung (welche zu ihrem Bestehen als RechtsTitel Vergünstigung oder dreißigjährige Ersizung fordert) die Absicht hat damit zu erklären, daß eine ausdrückliche Vergünstigung, die hier der bloßen, durch Verjährung zu bestärkenden Duldung entgegen gesezt wird, bey ihnen im Zweifel unwiderruflich sey. Freylich würde die jedesmalige Wiederhohlung der Bitte auf eine andere Ansicht haben leiten müssen, wenn sie keinen andern Zweck hätte haben können, als die Vergünstigung des Gebrauchs, weil dieselbe alsdann ein Zeichen gewesen seyn wür-

Digitized by Google

de, daß die Vergünstigung jedesmal nur auf die nächste WässerungsZeit beschränkt, also mit jedem einmaligen Gebrauch wieder erloschen gewesen sey. Allein B. gab dafür eine ganz andere ErklärungsUrsache an, die wenn sie auch nur ebenso möglich gewesen wäre, hinreichte, um nun bey zwey gleich möglichen Ursachen nicht auf das Daseyn der Einen vor der Andern schließen zu können. Allein sie waren nicht gleich möglich, sondern die von B. angegebene hatte den doppelten Vorzug, einmal, daß daraus erklärbar wurde, warum die Einlassung durch eine Stellfalle und nicht durch bloße jedesmalige Durchstechung und WiederZuwerfung des Damms geschehe, welches leztere bey einem blos widerruflich vergünstigten Zustand natürlicher gewesen wäre, zum andern, daß sie der Natur der WässerungsDienstbarkeiten ganz angemessen ist, bey denen der Eigenthümer des WässerungsBachs, um sicher zu seyn, nicht für fremden Vortheil selbst zu darben, sich jedesmal die Begrüßung um Zeit und Stunden des Gebrauchs da vorbehält, wo der VergünstigungsTitel sie nicht ein für allemal vorschreibt. Zu b.) hatte zwar A. sehr unrecht, wenn er meynte, die Auslegungsregel auf die mindeste Verbindlichkeit könne hier nicht anschlagen, denn allerdings ist solche nicht blos bey Verträgen, sondern überhaupt bey allen Rechtsverhältnissen, die aus dem wechselseitigen Willen zweyer Personen, wenn auch nur stillschweigend hervorgehen, anwendbar, wie aus Vergleichung des ersten Abschnitts im B. 3. Tit. 3. des Gesezbuchs mit dem fünften, aus welchem der angezogene Saz 1162 entlehnt ist, sattsam hervorgeht. Allein Recht hatte der B. darum noch nicht, auch zu verlangen, man solle die Rechtsvermuthung aus diesem Saz ihm zu gut kommen lassen; denn

diese Vermuthung jenes Sazes ist nur eine solche, welche aus der allgemeinsten Natur der Rechtsverhältnisse hervorgeht: eine solche muß allen jenen nachstehen, welche aus der besondern Natur des in Frage stehenden Verhältnisses hergeleitet werden, vergl. Sz. 6. c., und dahin gehörte die aus dem Verhältniß der Wässerungen zum Selbstgebrauch des WasserEigenthümers hervorgehende Saz 1158, zumal da sie ein übliches Vorsichtsgeding ist, für welche immer die Vermuthung streitet, Sz. 1160. Wichtiger würde zu c.) die Vermuthung für das uneingeschränkte Eigenthum des Grabens gewesen seyn, wenn nicht die Gegenvermuthung aus der Stellfalle sie beseitigt hätte. Mag auch ihr Eigenthum für den B. noch nicht erwiesen seyn, so hat doch solches aus der alleinigen Dienlichkeit zum Gebrauch des B. und aus der von ihm besorgten Unterhaltung viel vor sich, auch konnte es mit dem Zuwachsrecht des Sz. 553. nicht beseitigt werden, weil dieses die von andern besessene und ersessene Anlagen auf fremdem Grund und Boden ausnimmt, mithin ohne das zu beweisende widerrechtlich für bewiesen anzunehmen, der A. eine von dem Gegner lang besessene Anlage nicht für bittweise besessen annehmen konnte; und somit mußte die aus dem Besiz hervorgehende Gewißheit des Daseyns einer Einschränkung der bloßen Vermuthung ihr Rechtsgebiet entziehen. Könnte nun diesemnach zu II.) das vorliegende Recht eine Dienstbarkeit seyn, und glaubte man die Entscheidung von der Frage abhängig machen zu müssen, ob sie eine ständige oder unständige sey: so müßte man sich auch auf die Seite des B. neigen, welcher das erstere behauptete. Wäre das Wasser nur mittelst Durchstechen des Dammes eingelassen worden, alsdann würde es mehr Schein haben,

zu behaupten, es sey eine unständige Dienstbarkeit und gar nichts ohne Menschenzuthun wirksames vorhanden. Aber so wie diese Dienstbarkeit vorlag, bestand solche zwar nicht in der Wasserleitung (denn diese war ganz auf dem Boden des B. nicht auf fremdem Boden) auch zunächst nicht in dem WasserEinlaufen (denn dieses erfolgte durch die Natur der Lage sobald es nicht durch den Uferdamm gehindert war) sondern in dem Daseyn der Stellfalle in dem Uferdamm, als einem fremden Grund und Boden, und dieses war etwas, das ohne Menschenbeywirkung fortdauerte. Zwar war zu d) die Wässerung nicht ohne Oeffnen und Schliessen der Stellfalle, also nicht ohne Menschenzuthun möglich, welches das Merkmal der Unständigkeit ausmacht, allein dieses Oeffnen und Schliessen war ein Gebrauch des Eigenthums an der Stellfalle, oder konnte doch ein solches nach Lage der Umstände seyn, und in diesem Fall war es keine Handlung der Dienstgerechtigkeit, so wenig als das von selbst nachfolgende Einfallen des Wassers; blos das Daseyn der Falle auf fremdem Grund und Boden machte den sicher bekannten Gebrauch einer fremden Sache, also das Bestimmende der Dienstbarkeit in diesem Fall aus: wenn aber zu e) auch dieses Daseyn zu etwas unständigem darum werden soll, weil die Stellfalle ohne Menschenzuthun habe entstehen können, so hieß dieses in das Gesez eine unrichtige Deutung legen, denn das Fortgehen des Gebrauchs ohne Menschenzuthun oder die Nothwendigkeit der Menschenbeywirkung zu jeder Ausübung, macht das unterscheidende Kennzeichen der Selbstständigkeit aus, wie das Gesez noch weiter deutlich dadurch an den Tag gibt, daß es die Wasserleitungen zu den ständigen Dienstbarkeiten rechnet, welche

Digitized by Google

doch ohne Gräben oder Röhren und dergleichen Menschenwerke nicht zu Stand kommen können. Selbst die Wässerung, wenn sie auch mittelst Durchstechung des Damms geschähe müßte man nach diesem gesezlichen Merkmal noch zu einer ständigen Dienstbarkeit rechnen, weil, wenn das Durchstechen einmal geschehen ist, der Gebrauch des Wassers von selbst fortgeht, so lang ihn nicht eine entgegen gesezte Menschenhandlung, nemlich das Zuwerfen des Damms, aufhebt. Das Wesen der Wasserschöpfgerechtigkeit welches z u f.) als ein Beispiel einer entgegengesezten rechtlichen Ansicht angeführt steht, wurde deswegen unpassend gefunden, weil es nur vom gewöhnlichen Wasserschöpfen spricht, wobey allerdings mit jedem Griff zum Schöpfen der Gebrauch aufhört, und mit jedem neuen wieder anfängt, das also gar nichts ohne Menschenbeywirkung fortgehendes hat, wie es in der Natur einer solchen Wässerung liegt. Wer hingegen das Recht besäße, ein durch einen Bach getriebenes Schöpfrad in solchem zu haben, das durch seine eigene Bewegung das Wasser auf die anstoßende Wiese ausgöße, der hätte allerdings keine solche, die der Gesezgeber unter die unständigen würde rechnen lassen, sondern die er uns durch seine gegebene Beschreibung unter die WasserleitungsArten zu ordnen, die unverkennbare Pflicht auferlegt hätte. Hiernächst würde zwar zu g) das Beyspiel der Weggerechtigkeit auch keineswegs dem jezigen so ganz unähnlich seyn, wenn eine solche bestimmt an einen eigends für sie, und allein für sie, vorhandenen Weg gesezlich gebunden wäre; denn alsdann würde dieses Werk auf fremdem Grund und Boden, etwas ohne Menschenzuthun fortbestehendes ebenso gut seyn, als in unserm Fall das Daseyn der Stellfalle, und da den-

noch die Weggerechtigkeit unter die unständigen Dienstbarkeiten gerechnet ist, so müßte uns dieses mit Grund abhalten, der hier vorliegenden Wässerung die Selbstständigkeit zuzusprechen. Allein jene Weggerechtigkeit, wie sie das Gesez unterstellt, ist nicht an ein Daseyn solcher Wege gebunden, sie haftet als Recht auf dem ganzen Grundstück, obwohl sie durch ihre Natur zu ihrem Gebrauch eine bestimmte aber auch nach dem Nuzen des Eigenthümers jedes Jahrs sich ändernde Oertlichkeit fordert, Sz. 684. Der Weg, über den die Durchgangs-Gerechtigkeit ausgeübt wird, wenn auch ein eigener vorhanden ist, welches oft nicht einmal der Fall ist, ist niemals allein für sie vorhanden, der Eigenthümer hat Eigenthum und Mitgebrauch derselben, ein solches ist also nicht ergänzender Theil der Dienstbarkeit, sondern das alleinige Gehen auf demselben füllt ihren Begriff aus, mithin geht sie niemals ohne Menschenzuthun fort, und kann der hier in Frage stehenden Wässerung nicht als ein ähnliches und doch im Gesez anders entschiedenes Beispiel entgegen gehalten werden. Die Hauptsache aber ist zu b) daß der ganze Streit über die Selbstständigkeit eigentlich hier nicht sachbehörig ist, was B. zulezt richtig erinnerte. Erst im Kapitel von Dienstbarkeiten, welche durch Handlungen der Menschen erworben werden, handelt das Gesez den Unterschied von selbstständigen und unständigen Dienstbarkeiten ab, und ordnet darnach eine Verschiedenheit des Erwerbs durch Verjährung: in dem früher eingerückten Kapitel, von der Dienstbarkeit durch Lage der Orte, das heißt von solcher, wo die Hauptsache durch die natürliche Lage entsteht, wenn gleich Menschenzuthun den zweckmäßigen Gebrauch erst zurichtet, stellt das Gesez diesen Unterschied nicht

auf: in diesem Kapitel aber handelt es die Wässerungsgerechtigkeit ab, und gibt ihr eine Ersizbarkeit durch dreisig Jahre, ohne Hinsicht ob sie durch ihre Einrichtung mehr einer ständigen oder einer unständigen Dienstbarkeit gleiche, Sz. 642.

31.

Rechtsverhältniß der Koppelweiden.

Koppelweide ist wechselseitiger Freundschaftsdienst, so lang nicht Schuldigkeit bewiesen ist, sagen einige Rechtslehrer Berger Dec. Jur L. II. T. III. Th. 8, N. 6. Koeppen Dec. XII.; sie ist wechselseitige Dienstbarkeit, so lang nicht freywillkührliche Aufhebungsbefugniß erwiesen wird, sagen andere Wernher VIII Obs. 358., beede stüzen sich nicht auf ausdrükliche Gesez Entscheidungen, sondern auf Ableitung aus allgemeinen Regeln; in so fern bleibt die Frage auch für das neue Recht wichtiger, das eben so wenig eine allgemeine Entscheidung darüber gibt. Vorausgesezt muß hierbey werden, daß Koppelweide nur da vorhanden ist, wo zwey Nachbarn jeder auf dem Gut des Andern sich der Weide mit dem Eigenthümer bedient. Hier sind drey Fälle gedenkbar, a.) beede haben Besiz und Titel b.) keiner hat zum Besiz auch einen Titel c.) Einer hat Besiz und Titel, der Andere blos Besiz. Der erste Fall zu a) kann keine Rechtsschwierigkeiten darbieten, welche diesem Fall eigen wären, weil der Titel eines jeden auch sein Recht bestimmen muß. Der andere zu b.) muß nach demjenigen, was anderwärts gesagt ist, gar nicht als ein Rechtszustand behandelt werden (St. 29.) sondern blos als ein Thatverhältniß, das vermög des Be-

Digitized by Google

griffs des Eigenthums, innerhalb den Grenzen desselben auch lediglich von der VerfügungsGewalt eines Jeden abhängig bleibt, so lang nicht durch einen gesezmäsigen Titel deren Einschränkung erwiesen wird, Sz. 544 a., das mithin von ihm an den Andern nicht mehr gefordert werden kann, sobald er es bey sich nicht mehr gestatten will, Sz. 647 und 648. Oder man kann auch die Sache aus dem Gesichtspunkt einer besessenen Weidgemeinschaft beurtheilen, und sagen, jeder kann auf Theilung sich berufen, der sie nicht fortführen will, und dann empfängt er nach dem Thatverhältniß seinen Theil; wer den Andern ausschließen will, muß den Grund der Verbindlichkeit des Andern, sich ausschließen zu lassen, erweisen, Sz. 1315. Beedes kommt in der Wirkung auf Eins hinaus. Aber der dritte Fall z u c) ist schwieriger, wo nemlich der Eine einen Titel hat, der andere keinen. Hier muß eine genaue Prüfung des bey dem Andern vorhandenen Titels, also eine Thatfrage, ins Auge gefaßt werden. Kann man eine gegründete Rechtsvermuthung einer Weidegemeinschaft, oder einer vergeltenden Vergünstigung für den Andern, daraus ableiten, kann man damit darthun, daß der titellose Inhaber dennoch habe in eigenem Namen und als das Seinige die Mitweide redlicher Weise ausüben können, so thut ihm dieser Besiz so lang Dienste statt Eigenthums, als nicht der andere GutsEigenthümer diese aus seinem eigenen Titel entnommene Vermuthung entkräften, und damit sein dadurch beschränkt erschienenes Eigenthum als unbeschränkt, mithin als ein stärkeres Recht darstellen kann, Sz. 544 e). Fällt hingegen diese Begründung einer Doppelrücksicht (correspectivitas) jenes Titels weg, so muß es dabey bleiben, daß der Zustand eines

jeden einzeln betrachtet, mithin der Eine gemäs seines Titels gegen nachtheilige Verfügungen des Andern geschüzt, der Andere aber den Eigenthumsverfügungen des Ersteren und seiner jeweiligen SinnesAenderung überlassen werde. Denn die Weide ist unstrittig eine unständige Dienstbarkeit, da sie ohne Menschenzuthun nicht fortgehen kann, sie macht einen Theil der im Sz. 688 ausdrücklich genannten Huthgerechtigkeiten aus. Indem nun das Gesez erklärt, daß diese niemals, auch selbst nicht durch Unfürdenklichkeit, ersessen werden könne, Sz. 690 und 691, sagt es damit folgweise, daß ein Besizzustand hier niemals die Wirkungen eines EigenthumsRechts erlangen könne, die ihm sonst, aber nur wegen seiner Ersizbarkeit, zukomme, Sz. 544 e).

32.

Bestellung der Dienstgerechtigkeiten auf zertheiltem oder beschränktem Eigenthum.

Die alten Begriffe von der Untheilbarkeit der Dienstgerechtigkeit und von der Nothwendigkeit einer stets fortdauernden Ursache derselben erzeugten die sonderbare Lehre, daß ein Nuznieser oder Nuzeigenthümer für sich, ein GrundEigenthümer für sich, und selbst beede miteinander nicht vermöchten, eine Dienstgerechtigkeit zu bestellen, Struv Ex 21. Th. 21. Wernher 1. Obs. 223. wo hingegen ein blos widerruflicher Eigenthümer sie zu geben, nicht sehr folgerichtig zugelassen wurde, Berger Oec. Jur L. 2. P. 3. Th. 1. N. 1. Jezt findet a.) lezteres und zwar folgerichtig statt Sz. 1665,

1675. Aber es kann auch b.) der GrundEigenthümer mit dem Grundnießer zusammen jezt eine Dienstgerechtigkeit bewilligen, denn sie zusammen haben das ganze Eigenthum mit allen daraus fließenden Rechten, wohin auch die Vergünstigung einer Dienstgerechtigkeit gehört, Sz. 686. Auch c.) der GrundNießer, sey er Nuznießer oder NuzEigenthümer, kann es. Dann jede Dienstgerechtigkeit ist ein Theil der Nuzung, die man an einem Gut haben kann: wer nun alle Theile der Nuzung hat, und sie so hat, daß er sie veräußern kann, wie das bey Grundnießern der Fall ist, Sz. 577 av, 595., der muß auch einzelne Theile derselben ebenso veräussern können, nachdem es ihm nirgends untersagt ist, und der GrundEigenthümer kein rechtsbegründetes Anliegen haben kann, zu widersprechen, daß eine einzelne Nießungs-Art nicht durch Andere als den Nuznießer gemacht werde, so lang nicht dieselbe so beschaffen wäre, daß ihr Gebrauch Veränderungen im Stand und Wesen der Sache hervorbrächte; denn zu den leztern NuzungsArten ist der Nuznießer nicht, Sz. 582, sondern nur der NuzEigenthümer berechtigt, Sz. 577 ad und ah. Dienstbarkeiten dieser Art könnte also nur der NuzEigenthümer einem Andern bestellen. Das aber versteht sich, daß keiner von ihnen eine über die Zeit seines Inhabungsrechts hinausreichende Bewilligung geben kann, weil er damit etwas geben würde, was er nicht hat; alle Veräusserung einer fremden Sache, aber in unserer Rechtsverfassung nicht nur gegen den Dritten, sondern selbst in Bezug auf den der sie gibt, nichtig ist, Erl. III. S. 494, daher alle RechtsGeschäfte, die ein solcher, dessen Recht wiederauflöslich durch seine Natur ist, in Bezug auf eine Sache vornimmt, auch nur wiederauflösliche Belastun-

Digitized by Google

gen hervorbringen kann, Sz. 2118, 2125. Es will zwar gegen die Bewilligung eines Nuznießers eingewendet werden, daß der Sz. 686 sagt: ein Eigenthümer dürfe sein Eigenthum mit jeder Dienstbarkeit belasten, wodurch die Bewilligung eben noch wie vorhin an das Eigenthum gebunden zu seyn scheint. Allein man merke wohl, daß es nicht heiße der Eigenthümer darf sein Grundstück belasten, wo alsdann der Einwand noch eher einigen Schein hätte (wiewohl auch so noch immer zu sagen wäre, die Bejahung des Einen sey noch keine Verneinung des Andern, das neben ihm bestehen kann, mithin immer noch dadurch der oben aus Sz. 595 für den Nuznießer geführte Beweis stehen bliebe) sondern es heißt: der Eigenthümer darf sein Eigenthum beschweren; nun ist jede Dienstbarkeit auch ein Gegenstand des Eigenthums, Sz. 697, der, welcher auf eine solche Dienstbarkeit eine weitere Dienstbarkeit übernimmt (und dieses thut der Nuznießer, der für seine Nießungszeit eine solche bewilligt) gibt sie auf das, was jezt sein Eigenthum ist, und ist daher in jenem Saz noch richtig einbegriffen. Aber d) der bloße GrundEigenthümer allein kann keine Dienstbarkeit bestellen, d. h. wirklich zur Ausübung fördern, weil er damit einen Genuß an dem Genuß seines Guts geben würde, der zu solcher Zeit nicht sein Eigenthum ist: nur für die Zukunft kann er sie versprechen.

33.

Wirkung der DienstbarkeitsMerkmale und Zehendsteine auf einen abweichenden Besizstand.

So wie a) der Tag statt des Menschen an eine Zahlung mahnt, und b) die Traglöcher in des Nachbars Wand an die BalkenEinlegungsGerechtigkeit, so auch c) der Zehendstein an das Zehendrecht sagt Cramer IV. Obs. 1106. In unserer Gesezverfassung mahnt der Tag nicht mehr statt des Menschen, wo nicht besondere Gründe hinzutreten, Erl. III. 67. 77. Auch die Anlagen für eine Dienstbarkeit, oder die Merkmale derselben können zwar zuweilen ein Auslegungsmittel werden, wie ein Verkauf in Bezug auf die Dienstbarkeiten zu verstehen sey, Sz. 694, und selbst dazu dienen sie nur so weit der Vertrag nichts anders besagt, Sz. 705., bezeichnen also durch ihr Daseyn keineswegs nothwendig das Daseyn der ihnen entsprechenden Dienstbarkeit. Bezeichnen sie aber dieses nicht nothwendig, so würde man auch folgerichtig aus ihnen kein solches Mahnen an das Daseyn einer Dienstbarkeit ableiten können, das einen gegentheiligen Freyheitsbesiz hinderte, oder ihn zum unredlichen umstempelte, sobald sonst die Erfordernisse eines solchen erwiesen wären. Dieses bestätigt Sz. 707. indem er in Bezug auf selbstständige und unständige Dienstbarkeiten einen Unterschied der Verjährung ordnet, aber bey ersterem nicht weiter zwischen offenem und verborgenem Unterschiede macht, sondern allgemein, mithin in Bezug auf beede Arten, sie für verjährbar erklärt, von dem Tag an, wo eine mit ihnen im Widerspruch stehende Handlung unternommen

worden ist, welchemnach, wann der HausEigenthümer der Einlegung von Tragbalken widersprochen hätte, und sie 30 Jahre lang unterblieben wäre, die Dienstbarkeit troz der gebliebenen Traglöcher versessen seyn würden, zum sichern Zeichen, daß sie keineswegs als Mahnungen anzusehen sind, die den Besizer in unredlichen Glauben sezen. Dieses gilt vernünftiger Weise noch mehr von Zehendsteinen, deren ganze Bestimmung es ist, Urkunden eines ehemaligen Zustands zu seyn, welches eine spätere Aenderung nicht ausschließt. Aber daran mahnen dergleichen Merkmale allerdings, daß eine solche Gerechtigkeit da gewesen sey, daß also jeder sich um die Fortdauer des Daseyns erkundigen müsse, und ohne dadurch eine Kunde ihrer Nichtfortdauer glaublich erlangt zu haben, für einen ihnen widersprechenden Zustand nicht redlicher Besizer seyn könne. Sobald Merkmale dieses nicht wirken könnten, würden sie alle Kraft für das Recht verloren haben.

34.

Rechtfertigung zur Erbzueignungs Klage.

Ob derjenige, der eine Erbschaft in Anspruch nimmt, zu beweisen habe, daß er der Einzige Erbe sey, darüber waren die Rechtslehrer verschiedener Meynung. Einige bejahten es, Struben I. 22., Andere verneinten es, Leyser CLV. 3. Nach dem Napoleonischen Recht verdienen leztere den Beifall. Nach ihm tritt der VerwandschaftsErbe kraft Gesezes in Besiz und Gewähr, Sz. 724, nur der Erbfolger muß Einsezung in die Gewähr suchen, für

welche eine Untersuchung, ob nicht Vorberechtigte vorhanden sind, vorgeschrieben ist, Sz. 770. Auch der Erbnehmer, da wo er allein Erbe werden kann, das heißt, wo keine Pflicht-Erben vorhanden sind, trifft kraft Gesezes in die Gewähr Sz. 1006, und ob er zwar in diesem Fall seine Erb-Einsezung dem Richter vorlegen, und damit gewissermaßen eine Erlaubniß zu Ausübung dieser gesezlich erlangten Gewähr ansuchen muß, so soll ihm jedoch diese durch einen bloßen Beisazbefehl, also ohne Vorausschickung einer solchen Untersuchung, wie sie bey Erbfolgern vorgeschrieben ist, ertheilt werden, Sz. 1008, und es kann weder die ganze Erbschaft, noch irgend ein Theil derselben für ledig, d. h. einem unbekannten Nachfolger angehörig, angesehen werden, so lang ein Erbe vorhanden ist, der sich aus irgend einem zulässigen Erbrecht meldet, oder ein solcher bekannt ist, Sz. 811, welches alles mit dem von Roms Regeln abweichenden Plan, kein ruhendes Erbe zu haben, genau zusammenhängt, Erl. II. S. 52. So wie demnach in jedem andern Fall ein Besizer, der seinen Besiz ausübt, dazu nicht nöthig hat, zu beweisen, daß er keine Mitbesizer habe, und hingegen derjenige, der einer Rechts-Ausübung den Einwand mehrerer Theilhaber entgegen sezt, den Beweis davon übernehmen muß, so gilt dieses jezt auch von Erb-Ansprachen. Nur wenn aktenmäßig mehrere Mit-Erben da gewesen wären, folglich die alleinige Erb-Eigenschaft eines Klägers in dem Aufhören des Daseyns der übrigen gegründet würde, dann würde er diese Thatsache als Grund seiner Klage beweisen müssen.

Digitized by Google

35.

Entsagung eines Bürgen auf Rechtsvortheile.

Mit den allgemeinen Entsagungen ward im alten Recht manches Spiel getrieben, und indem die Staatsschreiber sie maschinenmäßig jedem Vertrag anhiengen, suchten die Rechtslehrer ihre Wirkung fast auf nichts zurückzuführen. Daher ward die Entsagung eines Bürgen auf alle Rechtswohlthaten fast allgemein für nichts geachtet, ja selbst jene auf alle Rechtsvortheile eines Bürgen wollten manche wirkungslos seyn lassen, wenn nicht namentlich die Vorausklage und TheilungsEinrede dabey genannt war. Puffendorf P. II. Obs. 43, obgleich im leztern Fall die Meynung der Wirksamkeit einer solchen Entsagung von den Mehrsten vorgezogen wurde. Idem P. III. Obs. 77. So weit kann die Gewalt des Richters über das Gesez in unserer neuen Ordnung nicht gehen. Zwar muß eine allgemeine Entsagung auf ihren Gegenstand beschränkt bleiben, und es kann daher z. B. eine Entsagung des Bürgen auf alle Rechtsvortheile, nicht auf Entsagung der ErbBedenkfrist für seine Erben ausgelegt werden, die ganz ausser dem VertragsGegenstand einer Bürgschaft liegt, Sz. 2046; aber auf jene, die innerhalb des Gegenstands liegen, und auf die zu denken der Entsagende vernünftigen Anlaß hatte, muß sie allerdings übergetragen werden, Sz. 6. a und 2048. Eine Ausnahme irgend eines Einzigen, der vernünftiger Weise unter jene Allgemeinheit gehört, blos darum, weil nicht bestimmt erhellet, daß man an solchen wirklich gedacht habe, würde um so gewisser dem Geist des Rechts entgegen seyn, da

unser

unser Gesezbuch sogar VorsichtsGedinge, wenn sie nicht ausgedrükt sind, hinzugedacht wissen will, Sz. 1160, so weit sie landüblich sind, also gemeiniglich in der Absicht der VertragsPersonen liegen, Erl. III. 106.

36.

Wirkung der Entsagung auf eiserne Briefe.

Ueber eiserne Briefe (moratoria) sagt unser Landrecht nichts, weil das Recht ihrer Verwilligung ein Gegenstand des Staatsrechts ist; die einzige Stelle, die in Bezug auf sie in das Gesezbuch floß, ist die Gestattung der Wettschlagung gegen einen Schuldner, der eine Frist aus Nachsicht (terme de grace) erlangt hat, welcher Ausdruck auf Nachsichtsbewilligungen sowohl des Regenten als des Gläubigers bezüglich ist. Nachdem inzwischen hierdurch die Statthaftigkeit solcher Briefe bestehen bleibt, findet auch die alte Frage Raum, wiefern ihnen entsagt werden könne? Hier unterscheidet man billig zwey Fälle.

1.) Die Entsagung bey Entstehung der Schuld vor erlangtem eisernen oder Stundungsbrief ist diejenige, die gewöhnlich bey der Frage zum Grund liegt. Es steht Pufendorf P. I. Obs. 23. auf Seiten derjenigen, welche nach altem Recht sie verwerfen; Leyser Spec XII Med. 1et 2 läßt sie zu. Der verneinende Theil stüzt sich darauf a) es laufe gegen gute Sitten, dieser Rechtswohlthat zu entsagen b) dieselbe sey nicht blos dem Schuldner, sondern auch dem Gläubiger zu Gunsten eingeführt c) die

Digitized by Google

Macht des Regenten könne durch Privatverträge nicht beschränkt werden d.) die VermögensAbtretung werde aus gleichen Gründen für verzichtsunempfänglich geachtet. Der bejahende Theil antwortet zu a) es könne nie gegen gute Sitten laufen, dem Gläubiger, der mit einem Schuldner sich nicht anders als gegen eine solche Entsagung in ein Rechtsgeschäft habe einlassen wollen, Wort zu halten, und dieses ist augenscheinlich richtig; sodann zu b) diese Wohlthat sey kein dem Gläubiger zum Besten erfundenes Mittel, dem es sicher besser wäre, gleichbald, wenn auch mit einigem Verlust zur Zahlung zu kommen, als Kapital und Zins auf ungewisse Hoffnung hin im Ausstand zu lassen; und dieser Meynung waren nicht nur ältere Rechtslehrer Barbosa Thes. Pract. V. Moratorium Ax. 2., wie sie dann auch aus der Natur der Sache einleuchtend hervorgeht, sondern es spricht für sie auch die Rechtsähnlichkeit des Gesezes, welches Zahlungsfristen im Zweifel, als allein zum Vortheil des Schuldners gegeben, anzusehen gebietet, Sz. 1187, endlich zu c) ist es offenbar eine unpassende Einwendung, wenn man das als eine Umschränkung der Macht des Regenten ausgeben will, daß er demjenigen mit einer Rechtswohlthat nicht an Hand gehen kann, der sie ausschlägt, oder der sie nicht verlangen zu dürfen sich in den Fall gesezt hat: hierdurch umschränkt der Schuldner nur sich, nicht die Macht des Fürsten, die die Nemliche bleibt, ob man seine Wohlthaten sucht oder nicht, und die niemals dahin geht, sich über das Recht zu erheben; zu d) der vierte Grund scheint der wichtigste zu seyn, denn obwohl nach altem Recht sich manches für die Entsagbarkeit der VermögensAbtretungen sagen ließe, Stryk Us. mod. Pand. L. XLII Tit. III., so fällt doch dieses im neuen

Rechtweg, wo bestimmt gesagt ist, daß die VermögensAbtretung (cessio bonorum) ungeachtet aller widrigen Verträge erkannt werden solle, Sz. 1268, welches auch gesagt werden mußte, sobald man den Grundsaz aufstellte, es solle nicht von der Willkühr der Staatsbürger abhangen, sich zum Verhaft verbindlich zu machen, Sz. 2063, vergl. Cocceji J. C. L. XLII Tit. III. q. 3. Allein noch immer bleibt dieses übrig, daß die RechtsAehnlichkeit von der VermögensAbtretung zur obrigkeitlichen Stundung ohne Grund angenommen wird. Die Erstere ist ein gesezliches Mittel zur Stückzahlung für den der das Ganze nicht zahlen kann, die Stundung ein Mittel, eine Zeitlang nicht zu zahlen: was wäre nun das für ein Schluß: weil jemand der das Ganze nicht zahlen kann, der Verbindlichkeit zur Stückzahlung nicht entsagen kann, also kann er auch dem Recht, Zahlungsfrist zu erlangen, nicht entsagen? Vielmehr, da unser Rechtsbuch jedem Vertrag, der nicht gegen die Gesezе oder die guten Sitten anstößt, Gesezeskraft unter den Parthien gibt, Sz. 6 und 1134, und da eben dieses das wesentliche Kennzeichen der Rechtsmächtigkeit ist, daß jedes seiner Rechte so gut sich entäussern als sie bewahren könne, so muß eine derartige Entsagung eines Rechtsmächtigen gelten, und kann dieser Folgerung aus klaren Gesezen keine aus einer blos schwankenden Rechtsähnlichkeit entgegen gesezt werden. Aber man sehe wohl zu, wohin diese Lehre sich beziehen läßt, nemlich keineswegs dahin, daß ein Schuldner, der mehrere Gläubiger, und nur gegen Einen derselben dem Rechtsvortheil der Stundung entsagt hat, eine Stundungsbitte gar nicht einbringen dürfe, dann eine Entsagung ist nie zu vermuthen, daher stets im engsten Sinn zu nehmen,

Digitized by Google

Sz. 784, 2048, und auf ihren Gegenstand, so wie auf die Personen, unter denen sie vorgieng, zu beschränken, Sz. 2049, 2050; wohl aber wirkt solche einzelne Entsagung mit Recht dahin, daß der Schuldner nicht eine Stundung überhaupt nachsuchen dürfe, ohne dabey Erwähnung dieses Rechtsverhältnisses zu thun, wo alsdann ein Regent, der die Gerechtigkeit bedenkt, sie nicht verwilligen wird, ohne daß einerseits der Schuldner jenen Gläubiger, der nicht Stundung geben will, und dazu nicht genöthigt werden kann, zahle, und zwar ganz, nicht etwa nur so viel, als derselbe bekommen haben würde, wenn es gleich zur Vergantung gekommen wäre, indem der Schuldner, der einer VermögensAbtretung ausweicht, auch keine Stückzahlung seinem Gläubiger aufdringen kann, nach Sz. 1244, so fort ohne daß andererseits nach dieser Zahlung dem Schuldner noch so viel Vermögen bleibe, um den Zweck der Fristgestattung zu erreichen, welcher darinn besteht, daß der Schuldner in den Stand komme, sich zu erhohlen, und einst die übrigen Gläubiger auch ganz zu zahlen. Ebendeswegen würde in solchem Fall eine, ohne Meldung dieses Verhältnisses nachgesuchte Frist, für erschlichen gelten.

2.) Eine erst nach erlangter Stundung erfolgte Entsagung hat mehr Anstand, und wenn man sie gleich nicht eigentlich für ungültig erklären kann, so muß man doch zugeben, daß sie einer Einsprache der übrigen Gläubiger wegen Gefährde blos stehe, und daß sie, wann diese erwiesen wird, alsdann ungültig werde. Denn wer Stundung sucht, erklärt damit, daß er am Ausbruch der Gant stehe, und wer sie erlangt, bleibt so lang sie dauert, und bis er sich wieder zahlungsfähig erklärt, in diesem Zustand des nahen

GantAusbruchs, welcher dann ehrliche Zahlungen zwar nicht vernichtet, aber doch jeder Zahlung eine widrige Vermuthung zuzieht, und den Gläubigern ein EinsprachsRecht erwirbt: vergl. Sz. 1167 mit Anh. Sz. 210—213.

37.

Gefahr einer VorsichtsErbschaft.

Eine sonderbare Meynung war es schon nach der Justinianeischen Gesezgebung, die Mevius II. Dec. 357 behauptet, daß ein VorsichtsErbe, weil er Eigenthümer der Erbschaft werde, und Schuldner der Erbgläubiger bis auf den bestimmten Betrag der Verlassenschaft sey, die Gefahren des Zufalls tragen müsse, das heißt mit andern Worten durch einen Zufall in die Lage kommen könne, mehr zu zahlen als die ErbEinkünfte ertragen. Wer jene Sonderbarkeit einsehen will, darf nur die alldort in der zehnten Anmerkung enthaltenen Gegengeseze mit jenen vergleichen, auf welche die Meynung gestüzt wird. Inzwischen fällt nach Napoleonischem Recht jeder Grund für diese besondere Meynung weg. Der VorsichtsErbe ist nach Sz. 803 nicht Eigenthümer, sondern nur Verwalter; er ist nach Sz. 804 nur für grobe Versehen, also gewiß nach der Absicht des Gesezgebers nicht für Zufälle verantwortlich; nicht auf ihn, sondern auf die ErbschaftsGegenstände selbst, fallen die Kosten der Erhaltung nach Sz. 803; und er soll nur für solche Verschlimmerung oder Entwerthung haften, die von seiner Nachlässigkeit herrührt, Sz. 805.

Digitized by Google

38.

Erbtheilung ohne Mitwirkung aller Erben.

Nach dem Römischen Recht wird dafür gehalten, daß Erbtheilungs-Klagen auch zwischen einzelnen Erben verhandelt werden dürften, daher ein beklagter MitErbe, der belangt wird, und noch mehrere MitErben hat, die nicht belangt sind, zu der Ausrede (exceptio dilatoria) daß mehrere Streitgenossen beyzurufen seyen, nicht greifen könne. Pufendorf P. IV. Obs. 40. Das Gegentheil ist nach dem Napoleonischen Recht zu sagen. Nach dessen Sz. 819 und 838 müssen alle Erben bey der Theilung mitwirken, die Abwesende sollen durch StaatsVorsorge vertreten werden, und sobald einer der Erben in die Theilung nicht willigt, soll nach Sz. 823 richterliche Einschreitung erfolgen, wie dann auch nach Sz. 826 bey dem TheilungsVollzug selbst es auf mehrere Stimmen der MitErben ankommt, deren Daseyn nicht ohne Mitwirkung aller Erben gedenkbar ist. Diesemnach muß auch einem Erben, der einseitig belangt wird, die Ausrede mehrerer beyzurufenden Streitgenossen offen stehen. Wäre eine Theilung zwischen zweyen so berichtigt worden, daß der Eine ausgewiesen dem Andern sein und seiner MitErben Theil in Gemeinschaft gelassen worden wäre, so würde diese Theilung wegen Mangels der GültigkeitsErfordernisse nur als fürsorglich gelten, und eine neue endgültige mit Einziehung jenes abgetheilten Theils statt finden, Sz. 840.

Digitized by Google

39.

Verfügungen über die Einwerfung.

Wie weit die Einwerfung erlassen werden kann, bestimmt der Sz. 843, und ebenso kann auch eine nichtschuldige auferlegt werden, Erl. V. §. 734. Aber welche Art von Verfügung ist dazu nothwendig? Hier müssen wir die gleich bey der Aufwendung dessen, was eingeworfen werden soll, erfolgende, von jener unterscheiden, die nur hintennach auf den Todesfall geschieht. Jene ist als Bedingung des Gebers durch sich selbst gültig, deßwegen spricht Sz. 843 von Sachen, die mit Entbindung von der Einwerfung gegeben worden, und Sz. 866 von Sachen, die mit Erlassung der Einwerfung geschenkt worden. Für deren Rechtsbestand bedarf es nichts, als daß dieses Geben mit Bedingung erweißlich sey, und dazu reicht die in den Hausrechnungen des Vaters oder in seinen Hausbüchern bey der Aufzeichnung hinzugeschriebene Verfügung desselben in der Regel hin — nur nicht das bloße Aufschreiben ohne Verfügung — denn indem dieses den Zweck seines Daseyns ganz darinn finden kann, nur zur Nachricht der Vermögensverwendung zu dienen, so trägt es in sich selbst keine bestimmende Kraft für eine künftige Erbtheilung. Sobald hingegen eine solche Verfügung hinzukommt, und sie so gefaßt ist, daß man daraus ersehen kann, sie soll den Abgang einer RechtsUrkunde für denjenigen Erben ersezen, dem zu gut die Einwerfung verfügt oder erlassen wird, Sz. 1331, so bedarf sie für ihre Wirksamkeit nichts weiter. Wo aber erst hintennach und ausser der VermögensRechnung eine solche Verfügung über

die Einwerfung niedergeschrieben würde, da wäre sie nichts anders als ein lezter Wille, Sz. 895, und möchte also auch nur wirken, wenn sie Eine der Formen desselben an sich hätte, da die elterliche Verordnungen jezt keine bevorrechtete Formen haben, und alles was sie auch nur in Bezug auf Theilung verfügen, wohin die EinwerfungsAnordnungen gehören, daran gebunden ist, Sz. 1076.

40.

Einwerfung der eingesezten Erben.

Meine Erläuterungen B. II. B. III. Tit. I. Bem. 174 und 175 lehren, daß auch die berufene oder lezte WillensErben gegeneinander einwurfspflichtig seyen. Man hat hiergegen einen Einwurf aus Sz. 848 machen wollen, indem dieser sagt, daß Enkel, so oft sie aus eigenem Recht erben, nicht einzuwerfen brauchen, sondern nur als Erbvertreter; man glaubte nemlich, hierdurch werde es als Regel ausgesprochen, daß nur die Kinder einwurfspflichtig seyen, andere würden es nur, wenn sie in Stelle und Rechte der Kinder treten, womit dann alle weitere Verwandten, noch vielmehr alle blos berufene Erben einwurfsfrey werden würden. Dieser Einwand würde auch troz der Allgemeinheit der Worte des Sazes 846 der allen Erben allgemein die Einwerfungspflicht auflegt, alsdann sehr erheblich seyn, wenn der Sz. 848 die Enkel, welche aus eigenem Recht erben, von aller Einwerfung frey erklärte: allein er spricht sie nur los von der Einwerfung des Empfangs ihrer Eltern, keineswegs von ihrem eigenen

und so steht er mithin auch nirgends der Anwendung des Sz. 846 im Wege, welcher sagt, daß jeder Erbe seinen eigenen Empfang einwerfen müsse, und welcher mit dieser Allgemeinheit auch den Vermächtnißnehmer umfaßt, sobald dieser nach Sz. 1006 a) in der Reihe der Erben eintritt.

41.

Einwerfung der Ehesteuer.

Ehesteuer ward vorhin schon, wo sie die Eltern aus bürgerlicher Verpflichtung geben mußten, dennoch als Schenkung angesehen und behandelt, Leyser CCC Med. 1. Jezt wo sie nicht einmal die Eltern den Kindern zu geben bürgerlich verbunden sind, Erl. I. S. 353, ist sie um so viel gewisser ein Geschenk unter Lebenden, indem sie jener Begriff ganz umschließt, den davon der Sz. 894 gibt. Wollte man sich etwa daran stoßen, daß die Ehesteuer eine Zweckbestimmung für Lasten der Ehe hat, Sz. 1540, und deßfalls der Gewährleistung unterliegt, Sz. 1547: so antwortet darauf der Sz. 954, daß eine Auflage die Natur einer Schenkung nicht aufhebe, sondern damit wohl bestehe, so wie auch nach Sz. 952 a) die Gewährleistung sie nicht beseitigt. Daher rechnet der Sz. 1081, der alle Schenkungen an einen oder beede Ehegatten zum Behuf der Ehe an die allgemeine Regeln der Schenkungen unter Lebenden weiset, die unter jene Gaben mitgehörige Ehesteuer nicht undeutlich eben dahin. Nachdem nun für diese Gaben der Sz. 873 die Einwerfungspflicht allgemein ausspricht, so dehnt sich damit diese auch auf Heyrathsgut aus, weßwegen dann diese

Pflicht im Vorbeigehen der Sz. 1573 als einer ausgemachten Sache gedenkt, dagegen der Sz. 852, welcher einige Ausnahmen von der Einwerfungspflicht aufzählt, und darunter die Hochzeitkosten nennet, dennoch der Ehesteuer nicht mit gedenkt, wie sonst natürlich hätte geschehen müssen, wenn sie von der Einwerfung frey seyn sollte. Wie weit aber Enkel die Schuldigkeit haben, den Brautschaz ihrer Mutter, die dem Grosvater im Tode vorgieng, bey dessen Beerbung einzuwerfen, darüber war ehemals viel Streit, Hartmann XXXV Obs. 7, der nun beigelegt ist. Das Napoleonische Recht erklärt im Sz. 843 den mittelbaren Empfang ebenso wie den unmittelbaren für Einwurfspflichtig; daraus wollte geschlossen werden, es müsse hierdurch stets der Brautschaz Einwurfspflichtig werden, den die Mutter empfieng, und der durch sie auf ihre Kinder kam, den diese folglich als mittelbare Gabe des Großvaters besizen; allein sey das Erschlossene auch aus andern Gründen wahr, so liegt doch dieser Schluß nicht in der Absicht des Gesezes, wie daraus zur Genüge erhellet, daß der Sz. 848 Einwerfungen der Enkel auch für Fälle gebietet, wo solche nicht Erben des Vaters geworden sind, wo also dessen Empfang für sie keine mittelbare Gabe geworden ist: sondern mittelbar heißt im Sz. 843, das was einem Andern in der Absicht gegeben wird, daß es durch ihn als Mittelsperson auf den Enkel komme, was also der Empfänger nicht um seinetwillen, sondern um des Enkelswillen erhielt. Aber der wahre Siz der Entscheidung jener Streitfrage ist im leztgedachten Sz. 848. Dieser sagt: der Sohn werfe die Gabe des Großvaters an den Vater nicht ein, wenn er aus eigenem Recht erbt, selbst dann nicht, wenn er des

Vaters Erbschaft angenommen hat; hingegen müsse er sie einwerfen, selbst alsdann wann er des Vaters Erbschaft ausgeschlagen hat, sobald er aus Erbvertretungsrecht erbt. Hier stoße man sich vordersamst daran nicht, daß vom Sohn und vom Vater die Rede ist, und denke etwa, das möge der Tochter und der Mutter nicht gelten, also auf einen Brautschaz nicht anwendbar seyn. Das männliche Geschlecht faßt noch jezt, wie in Rom, das weibliche in sich; daran ist in Gegenständen des Erbrechts am wenigsten zu zweifeln, weil das Gesez hier alle Begünstigung eines Geschlechts vor dem Andern durchaus vermieden wissen will, Sz. 1050, mithin sie destoweniger jemals selbst bezwecken konnte. Man erinnere sich ferner zu dem Verständniß obigen Sazes, das derjenige aus eigenem Recht erbt, der in jenem VerwandschaftsGrade steht, der jezt der Nächste am Erbe ist, und daß ein solcher keiner Erbvertretung Rechtshalber bedarf, wenn ihm gleich eine solche Theilungshalber vielleicht nöthig seyn kann. Erl. II. Sz. 83 — 87. Aus Vergleichung dieser Wahrheiten gehen nachstehende Folgen hervor:

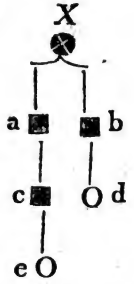
1.) Ein Enkel, der mit Geschwistern seiner Mutter zur Erbschaft kommt, muß nebst seinem eigenen Empfang auch den Brautschaz der Mutter einwerfen, indem er zur Verlassenschaft mit seiner Mutter Geschwistern nur durch Erbvertretung gelangen kann.

2.) Ein Enkel, der mit Enkeln eines andern Stamms allein erbt, wirft seiner Mutter Brautschaz nicht ein, sondern nur seinen eigenen Empfang, weil alle vorhandene Abkömmlinge auf gleichem Grade stehen, und er deßhalb aus eigenem Recht zur Erbschaft kommt;

Digitized by Google

3.) Ein Enkel, der mit Urenkeln eines andern Stamms zur Erbschaft kommt, wirft ebenfalls der Mutter Brautschaz nicht ein, sondern nur seinen eigenen Empfang; die Urenkel aber werfen nebst ihrem eigenen Empfang auch den ihres Vaters (oder ihrer Mutter) ein, aber nicht den Brautschaz oder Empfang ihrer Grosmutter.

Die zwei ersten Behauptungen gehen blos aus obigem Sz. 848 hervor; aber die Dritte scheint ihm zu widersprechen, weil sie einen Fall zum Grund legt, wo kraft Erbvertretung geerbt wird, für welchen die Einwerfung allgemein geboten ist; diese Behauptung bedarf daher einer nähern Herleitung, die nebenstehendes Beispiel versinnlichen mag:



Von dem Stamvater X hat die Tochter a und b jede seiner Zeit einen Brautschaz erhalten; den gab er nachher auch der Enkelin c, so wie er dem Enkel d und dem Urenkel e Geschenke gab. Wenn es jezt, nachdem die Töchter a und b auch die Enkelin c schon verstorben sind, zum Erbgang am X kommt, so steht der Enkel d als nächster Abkömmling kraft eigenen Rechts im Erbe; ihm kommt mithin die Einwurfsfreyheit des Sz. 848 zu gut, und geht es ihn gar nichts an, daß im andern Stamm der e nur durch

Erbvertretung zum Erbe kommt; denn dieses ändert die Natur seines Erbrechts nicht, und nur von seinem eigenen Erbrecht, nicht von dem, das Andere in der Erbschaft haben, macht jenes Gesez die Einwurfsfreyheit abhängig. Umgekehrt der Urenkel e, um erben zu können, muß in den Grad der Enkel c d an die Stelle seiner Mutter der c treten, und daher kraft eben jenes Sazes ausser seinem Empfang auch den Empfang desjenigen, dessen Plaz er vertritt, das heißt hier seiner Mutter c einwerfen. Aber indem er auf dieser Stufe steht, tritt er nach Sz. 739 nicht nur in den Grad, sondern auch in die Rechte der Enkelin c ein. Deren Recht (wenn sie noch lebte) wäre gleich jenem des Enkels d, den Empfang ihrer Mutter a (also der Großmutter des e) nicht einzuwerfen, weil sie auf dieser Stelle mit dem d aus eigenem Recht erben würde. Deßwegen hat daher auch e nunmehr diesem Brautschaz der Großmutter eben so wenig einzuwerfen, als der d jenen ihrer Schwester, seiner Mutter nemlich, einwirft.

Aus der Gegeneinanderhaltung dieser Beispiele klärt sich nun auch der Grund dieser Verordnung auf: Enkel und weitere Abkömmlinge werfen nur alsdann ein, wann sie nach der Rechtsstrenge wegen Entfernung nicht zum Erbe gekommen seyn würden, und nur durch die Milde der Erbvertretung dazu gelangen, damit sie (hier e) nicht doppelt auf Unkosten des näheren MitErben gewinnen, einmal durch ihre Mitzulassung zur Erbschaft, und zweitens durch NichtEinwerfung, wo doch der, in dessen Grad sie treten (hier c) seinen eignen Empfang hätte einwerfen müssen, wie ihn der andere MitErbe (hier der d) wirklich einwirft.

42.

Einwerfung der Studien- und Reisekosten.

Aus dem Sz. 852, welcher die Unterhaltungs- und Erziehungskosten, auch Lehrgelder einwurfsfrey erklärt, wurde gefolgert, daß Studien- und Reisekosten nach wie vor einwurfsfrey bleiben, Erl. II. S. 278. Gegen die Studienkosten an sich war nichts eingewendet, da es zu klar ist, daß sie aus obigen dreyerley Aufwandsfächern erwachsen. Aber es wurde gefragt: ob dieses auch den übermäßigen oder übel benuzten gelten könne. Was die übermässigen betrifft, so werden wir unterscheiden müssen, ob der Vater dem Sohn, sey es nun durch gleich anfänglichen Auswurf oder durch nachgehohlte Bewilligungen eine höhere Summe für die Studienkosten in die Hände gibt, oder ob der Sohn sich solche eigenmächtig dadurch erhöht, daß er Schulden macht, die der Vater hintennach für ihn bezahlt. Die leztern können nach Sz. 851 in keine Wege unter die Einwurfsfreiheit der Studienkosten gezogen werden, aber die ersten nimmt auch kein Gesez von dieser Befreyung aus, und das von Rechtswegen. Denn indem der Sohn noch erziehungs- und lehrbedürftig ist, so kann ihm weder die VerstandesEinsicht noch die Gemüthsstärke zugemuthet werden, um richtig zu beurtheilen, was zu seinen Studien nothwendig sey, und diesem Urtheil festen Schrittes zu folgen. Beedes hingegen kann man vom Vater fordern, und man muß die Erfüllung dieser — wie jeder Pflicht — in seinen Handlungen im Zweifel vermuthen: mithin ist das, was er dem Sohn, wenn auch mit Ermahnungen zukünftig

Digitized by Google

mehrerer Sparsamkeit gab, als ein, wann auch nicht an sich, doch unter Umständen, vom Vater nothwendig befundener ErziehungsAufwand anzusehen, und deßhalb muß er auch der diesem bewilligten Einwurfsfreyheit theilhaftig seyn. Was hingegen die übel angewendeten betrifft, so hat der Vater, so lang die Erziehung dauert, noch Recht und Pflicht den Sohn, der aus den Schranken tritt, zu strafen, Sz. 375, er muß aber davon die Kosten zahlen, Sz. 378, und diese gehören nachmals zum ErziehungsAufwand, den kein Kind einzuwerfen schuldig ist, Sz. 852. Uebel angewendete Studienkosten können nur aus zwey Ursachen entspringen: entweder daß der Vater zu viel Nachsicht gegen den Sohn brauchte—in diesem Fall kann mit Recht dem Vater zugemuthet werden, seine Schuld zu tragen, aber dem noch erziehungsbedürftigen Sohn kann es nicht zu einer bürgerlich wirksamen Schuld angerechnet werden, daß er noch nicht die Weisheit eines Erzogenen hatte, und in dieser Unweisheit seine Studienkosten übel anwandte, er kann also darum nicht von der Einwurfsfreyheit der Erziehungskosten ausgeschlossen werden — oder sie entspringen aus einer sich entwikelnden natürlichen Unfähigkeit, dann ist noch weniger Grund da, dem Sohn, der dadurch schon unglücklich genug ist, diese Lage durch Entziehung der Einwurfsfreyheit noch drückender zu machen. Es muß also in beeden Fällen bey der vom Gesez allgemein ausgesprochenen Einwurfsfreyheit bleiben. Selbst ein EinwerfungsGebot des Vaters könnte nur so weit wirksam seyn, als der Werth des Einzuwerfenden nicht denjenigen Betrag überschreitet, über welchen derselbe verfügen kann, vergl. Sz. 844 und 866.

Digitized by Google

Was aber hiernächst die Reisekosten betrifft, so treten gegen deren unbeschränkte Freylassung von der Einwerfung allerdings erhebliche Einwendungen ein. Eine Reise geschieht nemlich entweder zu einer bestimmten BerufsBildung, z. B. der Mahler der an Orte reiset, wo große Mahlereysammlungen sind; der Rechtsgelehrte, der sich an den Ort berühmter Gerichtshöfe begibt; der Staatsdiener, der sich an einen Ort begibt, dessen Sprache er für künftige Dienstführung zu erlernen nothwendig hat u. s. w. In diesem Fall ist der Aufwand unstrittig ErziehungsAufwand, als wohin alles dasjenige gehört, was unternommen wird, um Mittel für die Ausbildung zu einem erwählten Lebensberuf zu seyn. Hat also der Vater diesen Reiseplan vorgeschrieben, oder auch nur auf den Wunsch des Sohns genehmigt, somit die Kosten dazu dem Sohn gegeben, so gehören diese unter den Einwurfsfreyen Aufwand, und nur dann, wann der Sohn gegen des Vaters Willen sie unternommen, und nur hintennach der Vater die dafür gemachte Schulden bezahlt hätte, würden sie der Einwerfung unterliegen. Etwas anders ist es mit einer blos allgemeinen Bildungsreise, nemlich einer solchen, welche geschieht, wie man zu sagen pflegt, um die Welt zu sehen. Eine solche kann nur in jenem Sinn zur Erziehung gerechnet werden, in welchem man sagt, daß der Mensch lebenslänglich Erziehung braucht. Solche allgemeine Bildungskosten, die wohl gut aber nur bey gewissen einzelnen Lebensbestimmungen, z. B. für den künftigen Gesandten, Hofmann u. s. w. nothwendig anzuwenden sind, können zwar alsdann auch dem Sohn nicht angerechnet werden, wenn sie in einem solchen

Noth-

Nothwendigkeitsfall aufgewendet worden, oder doch die Reise blos auf Anordnung des Vaters geschehen, und der Sohn in deren Schranken geblieben ist; denn indem hier der Sohn dadurch verhindert ist, für seinen Unterhalt zu arbeiten, und diesen theueren Lebensweg nicht eigenen Antriebs wegen wandelt, hat er auch den Aufwand als Unterhaltskosten eben so gut einwurfsfrey zu genießen, als die Tochter jenes Heyrathsgut, das einem unvermöglichen gewerblosen Mann gegeben ward, Sz. 1573, und deßwegen zum Unterhalt der Ehe dienen mußte (St. 172). Geschah aber solche allgemeine BildungsReise auf Verlangen des Sohns, und er erhielt nur bewilligungsweise vom Vater die Kosten, alsdann sind diese eine elterliche Schenkung und fallen unter deren Einwurfspflicht, Sz. 843, indem keine Verfügung eines Gesezes, noch eine richtige Folgerung daraus, sie frey macht.

43.

Sammtverbindlichkeit der Erben für Vermächtnisse.

Nach römischem Recht gieng die Pfandklage der Vermächtnißnehmer gegen jeden der Erben alsdann als sammtverbindlich, wenn Jenem von dem Erblasser ein Pfandrecht auf eine bestimmte Sache war gegeben worden, Berger Oec. Jur. L. II. Tit. IV. Th. 29. No. 3., die gesezliche Pfandklage hingegen fand nur a.) gegen jeden Erben, so weit sein Erbempfang reicht, jedoch b.) ohne Unterschied, ob er in Liegenschaft oder Fahrniß bestehe; wiewohl c.) immer nur theilverbindlich statt, d. h. so daß, wenn auch sein

Erbempfang weiter reichte, als er seiner persönlichen Verbindlichkeit nach an dem Vermächtniß zu tragen hatte, auf ihn nicht für mehr als für diesen Theil gegriffen werden konnte, L. i. C. comm. de Legat. Der C. N. sagt: „von mehreren Erben hat ein jeder persönlich nach Mehrzahl seines Antheils und Empfangs am Erbe zu haften, „(d. h. jeder zahlt so viel als sein Kopftheil beträgt, und „wenn er mehr als diesen, z. B. wegen Vortheilsgerechtigkeit empfängt, so viel als sein empfangener Theil abwirft) unterpfändlich haften sie für das Ganze, so weit „der Werth ihrer besizenden Erbliegenschaften reicht." Hierdurch ist zu a) gleichförmig mit dem römischen Recht entschieden, daß niemand durch Vermächtnisse in den Fall kommen könne, für mehr, als sein Erbempfang beträgt, zu haften, und zu b) daß bey Pfandschaftsklagen nicht der ganze Erb-Empfang sondern lediglich jener an Liegenschaften in Betracht komme, welches leztere vom römischen Recht abweicht, aber auch nach dem ganzen Geist der neuen Gesezgebung abweichen mußte, wenn kein Schwanken der Grundsäze eingeführt werden wollte, weil alles Unterpfandsrecht jezt nur das unbewegliche Vermögen ergreift, Sz. 2114. Aber zu c) wie es mit der Theilverbindlichkeit aussieht, das ist nicht so klar ausgemacht. Man kann ohne gerade sprachwidrig zu handeln, die Worte: so weit der Werth —— reicht, zumal in Vergleichung mit den vorhergehenden die vom Empfang am Erbe sprechen, dahin auslegen, es sey jeder nach Verhältniß seines Empfangs (pro quota acceptorum) zu belangen. Dafür ließe sich nun weiter anführen, daß diese Auslegung die richtigere sey α) weil Sammtverbindlichkeit nicht vermuthet, sondern ausdrücklich

ausgesprochen werden muß, welches hier nirgends geschehen ist, β) weil das was gegen den Schuldner untheilbar ist, theilbar unter Erben wird, Sz. 1220, γ) weil man damit mit dem römischen Recht als der Urquelle in der Gleichheit bleibt. Allein zu α) von der muthmaslichen Sammtverbindlichkeit wird nur da die Rede, wo theilbare Rechte und Verbindlichkeiten in Frage sind, über untheilbare Rechte hat das Gesez in Sz. 1222 die Sammtverbindlichkeit ein für allemal ausgesprochen; daß aber das Unterpfandsrecht ein untheilbares Recht sey, sagt der Sz. 2114 mit klaren Worten: sodann zu β) die Theilbarkeit, die aus dem Uebergang auf Erben entsteht, soll nach Sz. 1221 niemals auf unterpfändliche Schulden ausgedehnt werden; in welchem Fall der Erbe, der ein UnterpfandsGrundstück besizt, auf das Ganze belangt werden kann: mithin kann zu γ) die im römischen Recht gestattete Theilbarkeit, die dort eine von der allgemeinen Natur des Pfandrechts abweichende Ausnahme in diesem besondern Fall darstellte, in unserer Rechtsverfassung nichts gelten, welche die Regel ohne solche Ausnahmen aufgenommen hat, und in mehreren Verfügungen hintangesezt würde, sobald man sich hier dem römischen Recht anbequemen wollte, welches Sz. 4 b nicht gestattet. Erl. IV. S. 566.

44.

Erbabsonderung auf das Ungewisse.

Auch da, wo die Verlassenschaft des Erblassers mit dem Vermögen der Erben so vermischt ist, daß gar keine Aus-

einandersezung möglich ist, lassen manche Rechtslehrer eine Erbsonderungsbitte noch für den Zweck zu, daß alsdann der Richter sich erkundige, ob ungefähr die Verlassenschafts-Sachen dem Betrag der Erb-Schulden im Werth gleich komme, und wenn er dieses findet, die Gläubiger des Erblassers sämmtlich den Erb-Gläubigern des Erben, so bevorrechtet diese auch seyen, vorseze, Leyser CCGCLXXXIX Med. 2. Diese mehr aufeingebildeter als wahrer Billigkeit beruhende Entscheidung ist von der Art, daß dabey oft Gläubiger des Erben sehr zu kurz kommen können, wenn nemlich inzwischen das vermischte Vermögen vorzüglich in solchen Gegenständen verringert worden ist, die vom Erblasser herrührten, und mithin nun das Vermögen des Erben seinen Gläubigern entgeht, um zur Befriedigung der Verlassenschafts-Gläubiger zu dienen. In unsere Rechtsverfassung ist diese Lehre nicht zu übertragen; durch die ohne Vorbehalt geschehene Erbantretung wird der Erbe Selbstschuldner der Verlassenschafts-Gläubiger, Sz. 1100 de. So lang zwischen diesen und ihm eine solche Uebereinkunft nicht vorgegangen ist, welche eine Rechtswandlung mit sich bringt, dauert zwar daneben das Forderungsrecht an die Verlassenschaft, Sz. 879, (als an das gemeinsame Pfand aller Gläubiger des Erblassers, Sz. 2093,) fort, und sie können also auf Absonderung des Vermögens des Erblassers antragen: indem ihnen dieses aber nur als ein Rechtsvortheil freygestellt ist, müssen sie um Gebrauch davon zu machen, sich dazu gehörig vereigenschaften, und durch Antrag gegen die Gläubiger des Erben solchen geltend machen, Sz. 878. Damit behaupten sie nun eine Verbindlichkeit der lezteren, die Sachen des Erblassers an sie vorzugsweise kom-

men zu lassen, und deßhalb müssen sie den Erkenntnißgrund des Daseyns jener Verbindlichkeit beweisen, Sz. 1315. nemlich den Umstand, daß diejenigen Gegenstände, worauf sie ein ausschließliches Recht für ihre Zahlung verwendet zu werden, ansprechen, Theile der Verlassenschaft des Erblassers seyen. Dieses bestätigt sich dadurch, daß wegen der Fahrniß und wegen der Liegenschaft jede Absonderung ihre verschiedene DaseynsSchranken hat, Sz. 880, weßwegen eine ungeschiedene Behandlung des Ganzen nach einer ungefähren Billigkeit niemals in diesen Geist des Gesezes eingehen kann. Daß dieser Ursprungsbeweis bey den FahrnißSchulden oft schwierig und nach längerer Zeit unmöglich seyn kann, ist wahr, und ebendeßwegen hat für sie das Gesez der Absonderungsbitte nur drey Jahr lang Raum gelassen. Eben damit aber hat es ferner hinlänglichen Fingerzeig gegeben, daß es jenem Rechtsvortheil nicht durch eine aus BilligkeitsGefühl ausgehende BehandlungsArt in Bausch und Bogen (die auch später noch ebenso gut möglich gewesen wäre) nachgeholfen wissen wolle. Dazu hatte der Gesezgeber auch ganz gerechte Ursachen; denn er hat den Gläubigern einer Verlassenschaft das Recht gegeben —), von der Erbbehandlung Einsicht zu nehmen und nöthigenfalls Einsprache zu thun, Sz. 808, 821 und 882, mithin wenn sie dieses unterlassen, und nun ein Beweis, den sie zu führen haben, ihnen schwer wird, ist dieses ihre Schuld, die sie nicht durch Zulassung von DurchschnittsMitteln auf den Gegentheil überzuwälzen begehren können.

45.

Absonderung der ErbschaftsGläubiger.

Die ErbschaftsGläubiger, welche Absonderung gesucht haben, können wegen dessen, um was sie dadurch nicht befriedigt werden, auf den Erben, nicht aber auf das abgesonderte Vermögen desselben greifen, Erl. II. S. 300. Diese meine Behauptung hat darum wollen in Zweifel gezogen werden, weil der Erbe gleich nach der Erbantretung durch den deßfalsigen Halbvertrag ihnen persönlich verhaftet werde, folglich so weit der durch die Absonderung der ererbten Verlassenschaft entstandene ihnen allein gehörige Zahlungsfond nicht hinreicht, um sie als Erbschafts-Gläubiger zu befriedigen, sie nachmals immer als Gläubiger des Erben auf dessen eigenes Vermögen noch eben so viel Recht haben müßten, als alle andere persönliche Gläubiger desselben, zumal da nirgends gesagt ist, daß die Erbabsonderungsbitte diesen Rückgriff auf den Erben aufhebe. Allein die nemliche ErbAntretung, welche die ErbschaftsGläubiger zu Gläubigern des Erben macht, wirkt auch die Vermischung des Vermögens der Verlassenschaft des Erben, wenn sie ohne Vorbehalt geschieht; so wie wenn sie mit Rechtsvorsicht geschieht, alsdann beede diese Wirkungen miteinander wegfallen, Sz. 802, VermögensVermischung und GläubigerVereinigung sind demnach Dinge, die in DoppelRücksicht (correspectivitas) zu einander stehen, deren Natur es ist, daß sie zusammen stehen oder fallen, Barbosa thes. Loc. comm. V. Correspectiva Ax. I. Die Erbabsonderungsbitte der Erb-

schafts-Gläubiger ist ihrer Natur nach nichts anders als eine Trennung derselben von den Gläubigern des Erben, die sie deßhalb vornehmen, um damit die durch den Halbvertrag der Erbantretung geschehene Vermischung des Vermögens wieder aufzuheben, und die Sache wieder in die Lage zu ihrem Vortheil zu bringen, in welchen sie zu dem Vortheil des Erben gekommen seyn würde, wenn dieser mit Rechtsvorsicht die Erbschaft angetreten hätte. So wie sie nun alsdann kein Recht gehabt hätten, den Erben wegen desjenigen zu belangen, was sie nicht aus der Erbmasse erhalten hätten, so können sie jezt auch die Gläubiger des Erben nicht belangen, um sie mit ins Theil zu lassen von dem, was für jene übrig ist, indem sie dabey aus der Rechtsvermischung ausgehen müßten, die sie durch ihre Trennung von jenen selbst aufgehoben haben. Nur wenn einst der Erbe zu besserem Glück kommen sollte, dann können sie mit andern persönlichen Gläubigern desselben auf ihn greifen, weil durch ihre Erbabsonderungsbitte nur die Wirkung der ErbAntretung auf die damalige Schulden-Masse und auf die damals zusammengestoßene Gläubiger beseitigt, nicht aber der Halbvertrag der Erbantretung selbst, nicht die daraus hervorgegangene persönliche Verpflichtung des Erben beseitigt wird.

46.

Umstossung auffergerichtlicher Theilungen.

Nach römischem Recht konnte eine gerichtliche Theilung wegen einer unmäßigen Verlezung, d. i. die über die Hälfte

geht, umgestoßen werden, L. 3. C. comm. utr. judic. Carpzov P. III. C. VII. Def. 11; eine ausgerichtliche aber wegen jeder mäßigen Verletzung, welche nicht blos aus der Schätzung sondern aus der Theilungsart selbst entsprang, Wernher V. Obs. 51. In unserem Recht ist die Verkürzungsklage wegen Unmäßigkeit auf den einzigen Kauf beschränkt, Erl. III. 545; für Theilungen ist eine Verkürzung von mehr als einem Viertel zur Umstoßung erheblich erklärt, Sz. 887. Dabey ist über die Art der Theilungen kein Unterschied gemacht, obwohl zuvor die Eintheilung der Theilungen in gerichtliche und ausgerichtliche abgehandelt worden, mithin nicht unbeachtet geblieben ist, Sz. 838. Der Richter darf daher auch keinen solchen machen, Sz. 6 b. und zu ausgerichtlichen wie zu gerichtlichen wird Verkürzung zu einem Viertel erfordert, um aus diesem Grund eine Theilung anzufechten. Damit muß man aber das Verlangen einer endgültigen Theilung nicht verwechseln, das gegen ausgerichtliche Theilungen in allen jenen Fällen statt findet, wo eine gerichtliche eigentlich hätte geschehen sollen, und an ihrer statt die ausgerichtliche vorgenommen worden ist. Durch jene kann nachmals jede noch so kleine Verkürzung in solchen Fällen verbessert werden, aber die Klage geht nicht aus der Verkürzung aus, sondern aus dem Mangel der Erfordernisse zur Endgültigkeit, Sz. 840.

47.

Uebergabe ist nicht Schenkung.

Wer etwas ohne besondere Erklärung hingibt über den Zweck der Gabe, bey dem sey immer eher ein Verkauf, Leihe

u. d. gl. als eine Schenkung zu vermuthen, sagt Leyser CCCXXXIII. M. 1. und belegt es mit einem Fall, wo ein Gutspächter seinem Pachtgeber einen auf dem Gut gefangenen Salmen brachte, den dieser, als ihn nachmals der Pächter in Rechnung brachte, für geschenkt angesehen und deßfalls gestrichen wissen wollte, den das richterliche Urtheil aber für stillschweigend verkauft erklärte, obgleich kein Kaufpreis ausgemacht worden war, weil derselbe sich durch Schäzung finden lasse. Diese Ansicht würde bey uns nicht angehen, nachdem ohne Bestimmung des Preises, Sz. 109, oder der Personen, die ihn schäzen sollen, Sz. 1592, kein Kauf besteht. Aber ebenso wenig würde man eine Schenkung oder eine Leihe aus einem solchen bloßen Hingeben und Hinnehmen machen können: sondern sobald der Geber eine Absicht wieder zufordern oder Vergeltung zu fordern, und der Empfänger eine Absicht unentgeldlich hinzunehmen an den Tag gäbe, so würde man jene Lage als einen bloßen Thatstand (Status facti) betrachten müssen, aus welchem weder vorwärts noch rückwärts Rechte hervorgehen, und der Geber würde also wegen mangelnder VertragsUrsache den Besiz der Sache oder deren Vergütung, kraft des Eigenthumsrechts, dessen Aufgebung in jener bloßen Hingabe nicht liegt, als ohne VertragsUrsache an den Andern gekommen, so lang zurückbegehren, bis dieser ein damals obgewaltetes Einverständniß über eine andere EmpfangsArt, mithin das Daseyn eines verbindlichen Rechtsgeschäfts bewiesen würde. (St. 138).

48.

Scheinbare AfterErbsezungen.

N. macht einen lezten Willen noch vor eingetretener Herrschaft des Landrechts, ernennt dadurch eine weitläuftige Anverwandtin zur HauptErbin, jedoch nur in der Nuznießung und mit dem Anhang, es sollten ihr, würde sie ledig versterben, oder geheyrathet und kinderlos abscheiden, oder zwar Kinder hinterlassen diese aber vor erreichter Großjährigkeit sterben, drey benannte ArmenAnstalten substituirt seyn; es solle deßwegen gleich nach seinem Tode das Vermögen von der Obrigkeit unter Verwaltung gegeben, und bis jener Erfolg sich ergibt, darunter gehalten, sofort der HauptErbin nur die Nuznießung gereicht werden; würden Kinder kommen, und die Großjährigkeit erreichen, so sey der HauptErbin oder ihren Kindern das Vermögen zur freyen Verfügung auszufolgen, würde hingegen dieselbe kinderlos hinscheiden, oder würden ihre Kinder vor erreichter Volljährigkeit sterben, so solle das Vermögen als freyes Eigenthum den Stiftungen ausgefolgt werden, jedoch der HauptErbin über eine bestimmte Summe von Todeswegen zu verfügen frey stehen, welche Vermächtnisse die berufene Stiftungen an jene die sie ernenne, auszuzahlen angewiesen werden. Als dieser lezte Wille vorgelegt wurde, um den milden Stiftungen die nach Sz. 910 zur Annahme nöthige StaatsErmächtigung zu geben, entstund die Frage a.) ob weil zur Zeit des Tods des Erblassers schon die Herrschaft des Landrechts statt fand, auf das landrechtliche Verbot der AfterErbsazungen Rücksicht zu nehmen sey, und b.)

Digitized by Google

ob jener lezte Willen solchenfalls unter dieses Verbot vereigenschaftet sey. Die erste Frage zu a.) mußte man bejahen, jedoch so, daß nur die nächstmögliche Art, wie auch mit einiger Veränderung der äusserlichen Gestalt, die vom Erblasser gemachte Substitution aufrecht erhalten werden könne, dafür zu unterlegen sey. Denn die Frage über den Werth dieser VerfügungsArt traf nicht die Form des lezten Willens, sondern den Inhalt. Wegen lezterem hat das erste EinführungsEdikt Art XI § 4. klar verordnet, es solle bey früheren lezten Willen deren Verfügung nach eingetretener GesezesHerrschaft nur so zum Vollzug kommen, wie sie mit den jezigen Gesezen besteht (mit welchen dann eine wahre AfterErbschaft nicht vereinbarlich ist, wohl aber eine NachErbsezung) und solle mithin dasjenige darinn für nicht geschrieben geachtet werden, was mit diesem zusammen gar nicht (also unter keiner möglichen Wendung) besteht (wohin jedoch nur fortdaurende AfterErbschaften gehören); dasjenige aber was, wiewohl mit einigen Veränderungen bestehen kann, (wohin alle einfache AfterErbschaften gehören, die mit geringer Veränderung in der Gestalt, und mit völliger Erreichung der Absicht, in ein belastetes Vermächtniß umgewandelt werden können, Erl. II. S. 319.), dieses solle in dieser geänderten Maase (das heißt in Bezug auf solche einfache AfterErbschaften in der Gestalt eines belasteten Vermächtnisses, statt der buchstäblich vorhandenen Gestalt eines AfterErbes) zu Stand kommen. Diese Aenderungsgewalt des Richters entlehnte jenes Einführungs-Edikt aus der alten Rechtsregel etsi nil facile ex solennibus mutandum, tamen ubi evideus aequitas poscit, sub-

veniendum L. 183 ff. de Reg. jur; die evidens aequitas lag in der Unmöglichkeit, daß der Verfasser eines frühern lezten Willens, der voraus noch nicht wußte, ob und welch anderes Gesez bey seinem Absterben herrschen werde, die Art nicht voraussehen konnte, in welcher einst bey seinem Tode nach solchem Gesez am sichersten seine Absicht ausführbar sey, und in der Gewißheit, daß der Erblasser die sicherste Art der Vollziehbarkeit zur Absicht hatte; daher mußte das Gesez, das die alte Gestalt der erlaubten VerfügungsArten änderte, hierdurch seiner Absicht zu Hülfe kommen. — In obigem Fall kam es jedoch nicht einmal auf diese AenderungsGewalt des Richters an, weil die RechtsAuslegung des lezten Willens für den Zweck schon genügte: denn zu b) war in der vorliegenden Verfügung keine AfterErbschaft (substitutio fideicommissaria) unerachtet des gebrauchten Worts: substituiren, sondern es war vielmehr eine NachErbeinsezung, oder eigentlich eine wahlweise Erbsezung zweyer HauptErben (institutio haeredis sub conditione data et sub contraria ademta et in alium translata) Die Aehnlichkeit mancher NachErbschaften, und die daraus oft entstehenden nachtheiligen Verwechslungen mit AfterErbschaften bemerkte ehemals schon Hommel Rhaps. Obs. 611., so wie auch das Wort substituiren, je nach den Absichten des Erblassers engere oder weitere Bedeutung haben kann, Leyser CCCLXII Med. 2., und im Zweifel nie auf eine AfterErbschaft zu ziehen ist, c. 1. de test. in VIto Mascard de probat. concl. 1346. Menoch IV. Praes. 66. Mevius IV. Dec. 181. Um eine AfterErbschaft zu seyn, hätte nach Vergleichung des Sz. 796 und 797 mit 1048—1051 (wo-

von jene die Regel, diese die Ausnahme enthalten, diese also jene für die unausgenommenen Fälle erläutern und bestätigen) der sogenannten HauptErbin α) das Eigenthum und der Besiz gegeben, aber ihr β) eine WiederAbtretung auferlegt, mithin γ) eine Bewahrung, und δ) eine Rückliefrung zur Pflicht gemacht, und ε) die WeiterVererbung auf den Tod der HauptErbin betagt seyn, also ζ) ein doppelter Erbgang eintreten müssen. Hier war aber zu α) Eigenthum und Besiz fürsorglich, bis die ungewisse Begebenheit eintritt, wovon der Ausschlag zu Gunsten des einen oder andern Theils abhängt, einer obrigkeitlichen Kommission in die Hand gelegt, alles also in dem Stand einer ruhenden Erbschaft erhalten, und inzwischen der HauptErbin nur die Nuznieſſung gegönnt, die allemal einen NichtEigenthümer bezeichnet, es war zu β—δ dieser sogenannten HauptErbin nirgends eine Bewahrung noch eine Wiederabtretung oder Rückliefernng auferlegt, und konnte ihr nicht auferlegt seyn, weil sie nichts zur Verfügung oder in die Hand bekam: auch war zu ε) der Eintritt der milden Stiftungen nicht auf den Tod der HauptErbin betagt, sondern vielmehr war das Recht der HauptErbin, sich Eigenthum und Besiz ausantworten zu lassen, auf den ganz ungewissen Fall, wenn jemals großjährige Kinder von ihr vorhanden seyn würden, bedingt, und auf den Fall, daß durch das Fehlschlagen dieser Bedingung sie nicht Erbin seyn könnte, waren die Stiftungen berufen, so daß sie alsdann statt ihrer, nicht mittelst ihrer in die Erbschaft treten, mithin war kein doppelter Erbgang vorhanden, sondern nur ein einfacher, welches das klare Merkmal eines Nacherben ist, Erl. III. Sz.

320; dabey war gesagt, daß das, worüber in solchem Fall dennoch die HauptErbin noch disponiren dürfe, von den Stiftungen ausbezahlt werden solle, zum Zeichen daß die HauptErbin in diesem Fall nicht als besessen habend, und in Bezug auf die disponible Summe fortbehaltend, sondern als gar nicht besessen habend angesehen, und die auf diesen Fall der fehlgeschlagenen Bedingung der ersten Erbeinsezung nachgerufene Stiftungen als rückwärts besessen habend, wie es nach Sz. 1179 Natur der Bedingungen ist, angesehen werden sollen. Da nun NachErbsezungen erlaubt sind, Sz. 898, und Bedingungen, die nicht gesez- oder sittenwidrig sind, ebenso Sz. 900, so ist die vorliegende VerfügungsArt eine von den erlaubten NichtAfterErbschaften, Erl. III. 318., und man müßte das I. Einf. Ed. Art. XI. § 3., und den Sz. 1100 db. ganz aus den Augen sezen, wenn man diese erlaubte NachErbsezung, um sie umzustoßen, in eine verbotene AfterErbsezung umprägen wollte.

49.

Vermächtnisse an natürliche Enkel.

Nach dem römischen Recht durfte ein Vater seinen natürlichen Kindern, wenn er eheliche zugleich hatte, nicht mehr als ein Zwölftel seiner Verlassenschaft vermachen, L. 2 C. de natur. lib., welches auch auf natürliche Enkel also ausgedehnt ward, daß der Großvater dem natürlichen Enkel seines ehelichen Sohns nicht mehr vermachen durfte, L. 12. C. ibid.: ferner da die Kinder aus verwerflicher Zeugung ganz von allem VermächtnißRecht ausgeschlossen wa-

Digitized by Google

ren, Auth. Licet. Patri C. ibid. ſo ſchloſſen die Rechtslehrer daraus kraft jener RechtsAehnlichkeit, daß auch den Enkeln von verwerflicher Zeugung (ex damnato coitu) nichts vermacht werden dürfe, Struben I. 48. Gleiche Einſchränkung der Großeltern in Bezug auf die von ehelichen Kindern erhaltende uneheliche Enkel finden jezt nicht mehr ſtatt. Zwar iſt die Unfähigkeit der Kinder aus verwerflicher Erzeugung zu aller Erbgebühr und Vermächtnißnahme, und jener aus unehelichem Beiſchlaf zu aller die beſtimmte Erbgebühr überſchreitenden Vermächtnißnahme aus dem römiſchen Recht in die neue Geſezgebung aufgenommen; dabey hat die Erſtere gar keine weſentliche Aenderung erlitten, und die Leztere nur dieſe, daß die ohne lezten Willen zu empfangende Gebühr nicht mehr ein Erbrecht, ſondern nur eine ſchuldenartige Gebühr iſt, Erl. III. 143—145. Man könnte deßwegen verſucht werden, die obenerwähnte Entſcheidung des römiſchen Rechts gegen die Enkel auf die jezige Lage anzuwenden, welche ihre Grundquelle dort hat; zumal im badiſchen Lande, wo das römiſche Recht Hülfskraft für jene Fälle hat, worüber der Code Napoleon nichts entſcheidet, Erl. IV. 566. Auch ſcheint dieſes um ſo billiger zu ſeyn, da, wie Struben a. a. O. meynt, nicht abzuſehen iſt, warum dem unehelichen Enkel mehr Recht als dem unehelichen Kind zuſtehen ſolle? Allein die ganze Einſchränkung der natürlichen Eltern in Vermächtniſſen an ihre unehelichen Kinder hat darinn ihren Grund, damit nicht durch Hofnung die Folgen wieder ebenſo gut zu machen, als ob die Kinder ehelich erzeugt wären, die Eltern leichtſinnig über den eheloſen Stand werden, und damit ſie nicht durch die bey den Rö-

Digitized by Google

mern so hoch gehaltenen Ehre der Erbbenennung ihren Ahnen wider Willen uneheliche Kinder in die Familie pflanzen können. Beede Gründe schlagen in gleicher Art auf solche Wohlthaten nicht an, welche GroßEltern, die selbst gegen den Ehestand sie nicht verfehlten, den unehelichen Kindern ihrer ehelichen Kinder thun wollen, wie dieses auch die L. 12 cit. in den Worten: naturalibus filiis relinqui constitutiones ideo prolubuerunt, quia vitium paternum refraenandum esse existimaverunt; in nepotibus autem eadem observatio in praefatis speciebus custodienda non est, richtig erkannt, nur nicht durchaus folgerichtig festgehalten hat. Indem also der Code Napoleon jene römische Verfügung wegen der Enkel nicht aufgenommen hat; indem er ordnet, durch lezten Willen könne jeder empfangen, den das Gesez nicht für unfähig erklärt, Sz. 902, und unehelichgeborne überhaupt nirgends dazu unfähig macht, daher natürliche Kinder fürerst einmal gewiß Vermächtnisse von Fremden empfangen können; solchenfalls aber das Nemliche vom Großvater gelten muß, weil er dem natürlichen Enkel bürgerlich nicht verwandt ist, Sz. 756, mithin seine Vermächtnisse unter die Klasse der Schenkungen von Fremden fallen; indem der C. N. endlich die Unfähigkeit bestimmt nur auf Kinder stellt, Sz. 908, da er sonst, wo er weitere Nachkommen einbegriffen wissen will, entweder den Ausdruck: Abkömmlinge, Kindeskinder braucht, oder ausdrücklich anzeigt, daß der Ausdruck: Kinder eine weitere Bedeutung haben solle, Sz. 914, so entscheidet er klar gegen die Ausdehnung des VermächtnißVerbots auf Enkel, welches noch dadurch bestärkt wird, daß das Verbot durch ein Verhältniß zur

Erb-

Erbgebühr ausgesprochen ist, mithin bey GroßEltern nicht anschlägt, da diese keine Erbgebühr schulden.

50.

Mißliche Schulden des Pflichttheils.

Man nahm vorhin an, es dürften mißliche Schulden nicht auf den Pflichttheil eingerechnet und zum Beleg gegeben werden, Wernher VII. Obs. 94. Dieser Saz ließ sich behaupten, so lang der Pflichttheil als ein Vermögenstheil behandelt wurde, den der Erblasser Erbsezungsweise dem PflichtErben zuwenden mußte, um andere Erben für das Uebrige ernennen zu können, und doch dürfte selbst da folgerichtiger das Gegentheil zu behaupten gewesen seyn: denn der Pflichttheil war doch immer ein Antheil des IntestatErbtheils, (portio portionis ab intestato debitae), was also zum Erbtheil gehörte (und zu diesem gehören mißliche Schulden allemal) das mußte auch theilweise auf den Antheil des Erbtheils fallen. Jezt aber, wo der PflichtErbe gar nicht eingesezter Erbe, sondern lediglich gesezlicher Erbe ist, und wo alle diejenigen, welche mit ihm erben, sie mögen als Erbnehmer oder Erbtheilnehmer, oder Erbstücknehmer vereigenschaftet seyn, immer nur Vermächtnißnehmer sind; so versteht es sich von selbst, daß die mißlichen Schulden immer in seiner Erbschaft bleiben, nur daß wenn er Erbnehmer und Erbtheilnehmer zur Seite hat, mit denen das ForderungsRecht kraft Gesezes getheilt ist, Sz. 1220, diese und ihre Gefahr alsdann so wie die Schulden, Sz. 1009, zum Antheil mit auf jene übergehen, wogegen, wenn Stück-

vermächtnisse daneben statt finden, sie ihm ganz bleiben, und nur der davon abfallende Schaden, so weit er den Pflichttheil schmälert, d. h. nach Verhältniß des Pflichttheils zum Freytheil, auf die Vermächtnißnehmer durch das MinderungsRecht übergeht, also z. B. A stirbt mit Hinterlassung zweyer Kinder und 900 fl. Vermögen, so ist der Freytheil 300 fl. Gesezt nun er hat diesen mit drey Vermächtnissen erschöpft, und hinterläßt ein mißliches Kapital von 200 fl. so bleibt das den Kindern, aber diese können verlangen, daß wenn in der Folge 150 fl. daran verloren gehen, wodurch der Freytheil um 50 fl. minder wird, auch die Vermächtnißnehmer um so viel ihre Vermächtnisse mindern lassen, mithin ihm nur $\frac{2}{3}$ des Verlusts zur Last bleiben, wodurch er immer nicht mehr und nicht weniger als seinen Antheil am Verlust mißlicher Schulden trägt.

51.

Minderung der ehelichen ErbEinsezungen wegen überlebender Eltern.

Gewöhnlich unterschreiben die nächsten Verwandten, vorzüglich aber Eltern, die Eheberedungen; für Töchter oder minderjährige Söhne machen sie häufig die Eltern, so daß die Kinder nur einzuwilligen brauchen. Darinn wird nicht selten der überlebende Ehegatte auf den Fall, wo die Ehe kinderlos bleibt, zum Erben des Erstversterbenden ernannt, welches auch das Napoleonische Recht gestattet, Sz. 1093, obwohl es sonst Erbverträge nicht erlaubt, Erl. II. 376. Wenn nun eine solche Ehe durch Tod getrennt wird, zu

Digitized by Google

einer Zeit wo die Eltern des erstversterbenden Ehegatten noch leben, so entstand daraus die Frage, wiefern diese den Pflichttheil fordern oder gar die Verfügung als inofficiös anfechten könnten. Die lezte Frage fällt im Napoleonischen Recht weg, weil immer nur Minderung, niemals Ungültigkeit einer Verfügung aus der Nichtachtung eines Pflicht-Erbrechts jezt entsteht, Sz. 920. Aber für die Erste bleibt der Stoff gegeben. Nach der vormaligen Rechtsverfassung war eine Entsagung auf den Pflichttheil zwischen Eltern und Kindern nichtig, L. 8 et 35 C. de inoffic. testam. und selbst jene nach dem Tod und ErbAnfall mußte in sehr entschiedenen Ausdrücken geschehen, wenn man ihr statt geben sollte; dennoch sah man dergleichen erbsezende Eheverträge in Bezug auf mitwirkende Eltern als Entsagung auf den Pflichttheil an, weil es a) eine Gefährde sey, in das Erbrecht des Andern einzuwilligen, und doch hintennach ein Erbrecht selbst geltend machen zu wollen, Puffendorf III. Obs. 116, und weil b) der Vertrag hier nicht blos von Eltern mit dem Kind, sondern auch mit einem Fremden, nemlich dem künftigen Schwiegerkind, gemacht werde, Cannengieser V. Dec. 151. Im Napoleonischen Recht hat unsere Frage keine unmittelbare Entscheidung erhalten. Aber so viel ist gewiß, die zwey vorerwähnte Gründe — wenn sie je vorhin genugsame Haltung gehabt hätten — haben sie jezt nicht mehr. Denn zu a) war es wohl nie richtig geurtheilt, wenn man die Behauptung eines solchen PflichtErbrechts eine Gefährde gegen den Ehevertrag nannte. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge sterben Eltern vor den Kindern: den gewöhnlichen Lauf haben die Gesezе und die Vertragspersonen vor Augen: man hat also keinen festen

Grund anzunehmen, daß Eltern, die in eine Verordnung ihrer Kinder auf den Fall kinderlosen Ablebens einwilligen, dabey den seltenen Umstand vor Augen gehabt hätten, und gehabt haben müßten, daß jener Fall sich noch bei ihren Lebzeiten zutrage, und daß sie also, um ein PflichtErbrecht, das ihnen die Geseze geben, auf solchen Fall nicht zu verlieren, es hätten ins Andenken nehmen und vorbehalten müssen; vielmehr muß man das Gegentheil annehmen, daß nemlich durch ein deßfallsiges Stillschweigen bei der Mitwirkung zur Eheberedung das PflichtErbrecht auf den begebenden Fall — der gar nicht im Blick der Eheberedung lag — nicht begeben werde, und das deßwegen, weil die Geseze wollen, daß Entsagungen nicht vermuthet und Verträge — selbst die begünstigste Art derselben, nemlich Vergleiche — nicht auf Sachen ausgedehnt werden, die ausser dem Blick und Zweck der Vertragspersonen lagen, Sz. 2048. Da nun vollends in unserem Recht das PflichtErbrecht nicht wie in Rom, ein Antheil an einer durch lezten Willen verschenkten Verlassenschaft, sondern ein durch keinen lezten Willen wirksam zu ergreifender Antheil des gesezlichen Erbrechts an einer Verlassenschaft ist, Erl. II. S. 346, und da der Code Napoleon will, daß entsagende sowohl als erwerbende ErbVerträge nichtig seyen, mithin alle, womit einem nach unangefallenem Erbrecht (also auch einem nach Sz. 1011 unter diese Klasse mit einbegriffenen PflichtErbrecht) entsagt wird, Erl. II. S. 376, so kann es nie für eine Gefährde angesehen werden, wenn von zwey Personen, die ein ungültiges Geschäft abschließen, dessen Nichtigkeit der Eine so gut als der Andere wissen konnte und sollte, derjenige, dem die Erfüllung beschwer-

lich ist, sich die gesezliche Nichtigkeit zu Nuz macht, indem sonst alle Wirkung der Ungültigkeit verloren gehen würde. Eben so wenig ist es jezt ferner erheblich, daß zu b) der Vertrag mit Dritten zugleich geschlossen wird, da unter dem Verbot aller Erbverträge jeder Art, ausser den ehebegünstigenden, so gut die einen Dritten mitberührende, als die unter Eltern und Kindern allein verbliebene, als verboten einbegriffen sind. Sollte also ein PflichtErbrecht überlebender Eltern durch einen solchen Ehevertrag eines kinderlos verstorbenen Kindes beseitigt werden, so müßte dieses einzig aus der rechtlichen Natur ehebegünstigender Schenkungen abgeleitet werden können. Nun verweiset Sz. 1085 die Erbsezungen der Eheleute unter einander an die im B. III. Tit. II. Kap. 8. des Landrechts beschriebenen Regeln der von Dritten an Eheleute gemachten Schenkungen. Diese unterwirft der Sz. 1081 den allgemeinen Regeln der Schenkungen unter Lebenden; zwar fügt er solchem im nemlichen Kapitel einige abweichende Bestimmungen an; davon hat jedoch keine auf ein solches PflichtErbrecht Bezug. Wegen der Schenkungen unter Lebenden B. III. Tit. II. Kap. 4. macht das Landrecht für ehebegünstigende Schenkungen im Sz. 953—947 einige weitere Ausnahmen von den allgemeinen Schenkungsregeln, aber auch davon hat keine auf den Pflichttheil Bezug. Das Kapitel von der Minderung der Schenkungen gibt hingegen allgemein und ohne Unterschied der Fälle den PflichtErben das MinderungsRecht in B. III. Tit. II. Kap. III. Abſch. 2. Der Sz. 1090 sagt ausdrücklich, daß die zu Gunsten einer Ehe gemachten Schenkungen ihnen gleich gestellt seyen, folglich der Minderung auf den Freytheil unterliegen, auch billigt der Sz. 1091 die

ErbEinsezung der überlebenden Ehegatten nur in Bezug auf alles Eigenthum, daß der Erstverstorbene auch einem Fremden vermachen könnte, und nur die Nuznieſſung erlaubt er auch in dem Theil zu geben, worüber das Geſez zum Nachtheil der Erben zu verfügen verbietet, folglich kann keine, wenn gleich mit Bewilligung der Eltern gemachte Eheberedung die Kraft haben, ihnen vom Pflichttheil das Eigenthum zu nehmen, sondern muß in ſo weit gemindert werden, daß der Freytheil, und von dem Pflichttheil der Verlaſſenſchaft die Nuznießung, dem Ueberlebenden bleibe, ſobald überlebende Eltern Minderung begehren.

52.

Eigenthum der Hochzeitgeſchenke.

Ueber ehebegünſtigende Schenkungen hat der C. N. viele Verordnungen, aber darunter ſind immer nur jene verſtanden, die unter dem Beding der Ehe an ledige Perſonen oder durch Heyrathsvertrag an neu angehende Eheleute geſchehen. Der Hochzeitgeſchenke, d. i. derjenigen Ehrengeſchenke, die am Tage der Hochzeit von Freunden und Gäſten den neu angehenden Eheleute gegeben werden, gedenkt dieſe Geſezgebung hier nicht. Sie hatte auch ſolches bey derjenigen Eheverfaſſung, welche ſie geſezlich annahm, nemlich bei der Fahrnißgemeinſchaft nicht nöthig. Denn hier iſt es einerley, ob man ſie als beeden Eheleuten gemeinſchaftlich, oder Einem von ihnen allein erworben betrachtet, ob man ſie als einen vor oder in der Ehe gemachten Erwerb anſieht, da ſie ſtets in FahrnißGegenſtänden

Digitized by Google

bestehen, so fallen sie unter jeder obiger Formen in die Gemeinschaft. Aber das Gesez erlaubt mancherlei Arten der Abweichungen von der gesezlichen Gemeinschaft, und dadurch kann es noch auf jene Fragen zuweilen ankommen, z. B. wenn nur ErrungenschaftsGemeinschaft eintritt, wenn die FahrnißGemeinschaft nur auf künftige Fahrniß beschränkt ist, wenn gar keine Gemeinschaft eingegangen wird. Folgendes ist für solche Fälle anzunehmen:

1.) Wo Einem von beeden Ehegatten allein namentlich ein solches Geschenk gegeben wird, da ist es auch diesem allein erworben — hiebey kann kein Anstand seyn.

2.) Wo es unbestimmt oder ausdrücklich beeden gegeben ist, da erwirbt jeder Theil die Hälfte. Denn in einem solchen Fall ist das an Mehrere gegebene Geschenk gemeinschaftlich, vergl. Sz. 938 a; das Gemeinschaftliche aber ist gleichtheilig nach den Köpfen, so lang der Erwerbtitel nicht eine andere TheilungsArt festsezt, vergl. Sz. 1863. Auch hierbey kann an sich betrachtet kein Zweifel eintreten, als derjenige, der mit der Beantwortung der dritten Frage sich von selbst lösen wird.

3.) Die Hochzeitgeschenke sind nach den Landsgebräuchen, als EheEinbringen nicht als ehelicher Erwerb da anzusehen, wo dieses vorhin also üblich war. Diese Ansicht hat nach der bisherigen allgemeinen Sitte keinen Anstand. Berger Dec. Jur. C. 1. P. 3. Th. 2. Carpzov III. Const. 22. Def. 2. Namentlich war sie durch die Verordnung im Badischen anerkannt, wornach obwohl drittheilige Errungenschaft üblich war, die Hochzeitgeschenke dennoch jedem Theil halbtheilig in das Beybringen gerechnet wurden, Bad. Wochenbl. v. J. 1788 St. 40. Aber es ent-

steht der Zweifel, ob dieses noch fortdauern könne, nachdem das Landrecht sagt, die eheliche Güter Gemeinschaft fängt von dem Tag an, da die Ehe vor dem Beamten des bürgerlichen Standes geschlossen ward, man kann kein anderes Anfangsziel bedingen, Sz. 1399; denn die Hochzeitgeschenke werden erst an diesem Tag, und gewöhnlich erst nach der Trauung gegeben, um deßwillen scheint die Anwendbarkeit jener alten Sitte wegzufallen, zumal da durch das zweite EinführungsEdikt alle Kraft des Gewohnheitsrechts abgeschafft ist. Betrachtet man hingegen jene Worte des Sz. 1399 genauer, so sagen sie wohl, daß die Gemeinschaft zu jener bestimmten Zeit anfangen, aber nicht daß sie alles umfassen müsse: ja dieses Leztere ist weit entfernt von des Gesezgebers Willen, denn er erlaubt ausdrücklich viel oder wenig von der Gemeinschaft auszunehmen, und durch Geding zu ändern. Was aber durch ausdrückliche Uebereinkunft festgesezt werden darf, das kann auch durch Herkommen fortgesezt werden, welches nichts anders ist, als die Erklärung des muthmaßlichen Willens der Vertragspersonen aus der Verähnlichung ihrer jezigen Handlungen mit vorhergehenden unter gleichen Umständen begangenen Sz. 6 d. Die Aufhebung des Gewohnheitsrechts steht diesem nicht im Wege, als welche kein bloßes Herkommen trifft, Erl. IV. S. 567. Alsdann, wann hier die Frage davon wäre, ob jemand Hochzeitgeschenke geben müsse, ob Eheleute sie in die Gemeinschaft einwerfen, oder aus ihr ausbehalten müßten, dann wäre ein Gewohnheitsrecht in Frage, und die vordere Handelsweise der Staatsbürger könnte nicht weiter als wirksam angezogen werden. Nachdem aber nur davon die Frage ist, wohin bey freywilligen

Hochzeitgaben die Absicht der allseitig zusammenwirkenden Vertragspersonen auszulegen sey, so ist von einem bloßen Herkommen die Rede, welches nicht aufgehoben ist, und vernünftiger Weise nicht außer Wirkung gesezt werden kann. Denn wo es vorhin üblich war, die Hochzeitgeschenke in solcher Absicht zu geben und zu nehmen, und das Landrecht diese Absicht nirgends untersagt, sondern ausdrückliche Gedinge ihr gemäß zu machen unstrittig erlaubt, mithin auch nichts sittenwidriges darinn findet, da würde es ungereimt seyn, diese durch die Sitten eingeführte und ferner beybehaltene Gabe in ihren Eigenschaften anders als aus den Sitten beurtheilen zu wollen.

53.

Schenkungen gegenwärtiger und künftiger Güter.

Das Verbot jener Schenkungen unter Lebenden, welche künftige Güter umfassen, hat das neue Recht mit dem alten gemein, nur daß ehebegünstigende Schenkungen ausgenommen sind. Erl. II. S. 496. Jedoch hat dieses Verbot jezt eine ganz veränderte Stellung. Vorhin gieng es a.) aus der Regel aus, daß niemand sich das so hoch begünstigte Recht der Erbeinsezung durch lezten Willen entziehen könne, es ward daher b.) so oft etwas als Gegenstand eines künftigen lezten Willens übrig blieb, für nicht anwendbar geachtet, das Ueberbleibende mochte nun gegenwärtiges oder künftiges Vermögen seyn, daher bestand c.) die Schenkung aller jezigen und künftigen Güter mit Ausnahme benannter gegen-

Digitized by Google

wärtiger Liegenschaften, auch d.) die Schenkung aller gegenwärtig und künftigen Liegenschaft allein, oder aller Fahrniß allein; hingegen e.) wenn jemand alles gegenwärtige und künftige Vermögen bestimmt geschenkt hatte, bestand die Schenkung auch nicht einmahl auf das gegenwärtige Vermögen, Carpzov II. Const. 2. Def. 26 et 27. Jezt zu a.) wo unser Gesez nichts von jener Begünstigung der lezten WillensErbschaften weiß, geht das Verbot aus der Regel aus, daß wohl jede zukünftige einzelne Sache, aber nicht die Gesammtheit zukünftiger Güter Vertragsgegenstand seyn kann, S. 1130. Daher ist zu b.) das Verbot damit nicht beseitigt, daß noch Erbsezungs-Gegenstände vorhanden sind, sondern nur damit, daß keine künftige Güter unter die Schenkung gezogen werden, es können daher zu c. und d. die dort benannte Schenkungs-Arten jezt so weit nicht gelten, als sie künftige Güter unter sich begreifen; hingegen zu e.) schadet es keiner Schenkung im gegenwärtigen Vermögen, daß sie zugleich mit auf das künftige gerichtet ist, sondern dieses leztere gilt nur für ungeschrieben: denn Sz. 945. unterscheidet beedes bestimmt, und beschränkt seine UngültigkeitsErklärung allein auf das künftige.

54.

Schuldverpflichtung bey Vermögens-Schenkungen.

Ehemals ward es als zweifelhaft angesehen, ob ein Geschenknehmer, dem alles gegenwärtige und künftige Vermö-

Digitized by Google

gen geschenkt worden, die seit der Schenkungszeit gemachte Schulden des Gebers zu zahlen schuldig sey. Gewöhnlich bejahte man es für Schenkungen von Todeswegen, Carpzov III. C. I. Def. 38., und verneinte es bey Schenkungen unter Lebenden, Carpzov II. C. XII. Def. 28. Manche bejahten es allgemein, Leyser CCCCXCIV. Med. 2. Nach unserem Recht wird diese Frage dadurch einfacher, daß sie nur bey ehebegünstigenden Schenkungen vorkommen kann, weil in allen übrigen die Schenkung künftigen Vermögens unerlaubt ist, und für nicht geschrieben gilt, Saz 943. Bey jenen Arten der Schenkungen, sie mögen nun von Dritten für Eheleute geschehen, Sz. 1082., oder von Ehegatten unter sich, Sz. 1093, ist klar geordnet, daß jeder Beschenkte das Vermögen seiner Zeit mit allen Lasten und Schulden des Erblassers, wie sie auf den Todestag stehen, annehmen, oder das Ganze ausschlagen muß, wenn gleich die Schenkung unwiderruflich und unter Lebenden geschehen ist, Sz. 1085., wenn kein Vermögens- und SchuldenVerzeichniß dem Schenkungsbrief angehängt war, daß hingegen da, wo diese Vorsicht beobachtet worden, der Beschenkte sich an das ehemals gegenwärtige Vermögen halten, bey Uebernahme der damahligen Schulden stehen bleiben, und das Weitere an Gütern und Schulden ausschlagen könne, Sz. 1084. Damit erledigt sich obiger Anstand von selbst.

Digitized by Google

55.

Von dem Widerruf wegen unerfüllter Auflagen bey einer doppelt vermachten Sache.

Ein Erblasser hatte im Anfang seines lezten Willens sein Haus dem X. vermacht, späterhin vermacht er es dem Y. mit der Auflage, daß solcher vier Wochen nach seinem Tod seinen Garten vor dem Thore an den Erben Z. um 600 fl. verkaufen solle. Dieser fand lezteres zu thun nicht gut, und nun, nachdem der Erbe Z. auf die Abtretung des dem Y. ausgelieferten Antheils geklagt, der X. aber durch eine Zwischenklage ihn aus dem Streit auszuweisen gesucht hatte, entstand die Frage: ob dieses Haus dem X. allein zugehöre, oder der Erbe in die Stelle des Y. eintrete. Für den X. sprach offenbar a.) das Zuwachsrecht nach Sz. 1045, da zumahl die Untheilbarkeit des Hauses nach seiner Einrichtung und nach den Ortsgesezen außer Zweifel war: für ihn sprach ferner b.) die Natur der Sammtrechte, wornach jeder ein Recht an das Ganze hat, folglich, wenn der Eine ausfällt, nothwendig der Ueberbleibende ein Eigenthümer des Ganzen seyn muß, welches c.) namentlich in einem ähnlichen Fall aus weitern Hülfsgründen geltend macht, Puffendorf P. IV. Obs. 120. Dagegen aber wurde erinnert zu a.) das Zuwachsrecht könne nur da Anwendung finden, wo ein Theil ledig, und mithin die Frage zweifelhaft werde, ob der Erblasser lieber dem Erben oder dem Vermächtnißnehmer den ledigen Theil gegönnt haben möge, wo dann das Gesetz diese Absicht aus der Stellung der Schenkungs-

Digitized by Google

worte beurtheilt, und darnach zum Vortheil des Mitvermächtnißnehmers sie ausgelegt wissen wolle. In diesen Schranken müsse sich die Anwendung dieses Gesetzes halten, da außerdem die Auslegung im Zweifel immer zu Gunsten der Erben zu machen ist, Sz. 1100 d d. Nun sey aber hier nicht von einem ledig werden die Rede, sondern von einem Widerruf eines mit dem Tod übergegangenen, durch NichtErfüllung der Auflage nachmals erst wieder zurückfallenden Vermächtnisses, welches nach den Säzen 954 und 1056. in die Hände des Gebers zurückkehre, also weder ledig werde, noch an einen Andern, als dem Geber oder dessen Erben kommen könne; zu b.) schien die Natur der Sammtrechte hier nicht dem X. zu gut zu kommen, weil die Sachverbindung der beeden Verhältnißnehmer (re conjuncti) nicht für ein wirkliches Sammtrecht angesehen werden wollte, und weil der Sz. 1198. welcher den Nachlaß, den ein Sammtgläubiger dem Schuldner bewilligt, nur zu seinem Antheil wirken läßt, eine Theilbarkeit der Sammtrechte in Erlassungsfällen festsezt, woraus geschlossen werden wollte, es müsse die einer Erlassung gleichgeltende willkührliche NichtErfüllung der Auflage, auch eine solche Theilbarkeit zu Gunsten der Erben hervorbringen; es könnten sofort, wenn voriges richtig wäre, zu c.) die weitern aus einzelnen rechtsähnlichen römischen Gesezen ehemals abgeleiteten Gründe, jezt als in dem Geist der neuen Gesezgebung nicht weiter einpassend, in keine Betrachtung kommen. Inzwischen entschied man sich dennoch für die Ansprache des Vermächtnißnehmers gegen den Erben. Denn zu a.) das Zuwachsrecht trifft wörtlich unsern Fall, wo eine ohne Verschlimmerung nicht theilbare Sache in

der nämlichen Urkunde mehreren Personen, wenn gleich einer jeden besonders vermacht war. Freylich war das Vermächtniß vor dem Ablauf der Zeit zur Erfüllung der Auflage nicht mehr ledig, sondern an den Y. übergegangen, allein einestheils beschränkt unser Gesez seine Verordnung über die Folgen des Zuwachses nirgends auf ein ledig seyn, sondern in Vergleichung mit dem allgemeinen Begriff des Zuwachsrechts, Sz. 546., ist genug, daß die Sache untrennbar vereinigt ist, wo sie dann auch wenn sie einem Andern gehören könnte, demjenigen folgen soll, zu dessen Sache sie vereinigt ist, das sobald Gesez nicht namentlich Ausnahmen macht, vergl. Sz. 559. 566.; es muß also in jedem Fall wirken, in welchem derjenige Vermächtnißnehmer, welchem die Sache bestimmt war, sie — aus welcher Ursache es sey — nicht hinnimmt; anderntheils, und was hierbey Hauptsache ist, wirkt die nicht-erfüllte Auflage als auflösende Bedingung, Erl. II. 322., wie dann eben deswegen der Widerruf alle vom Geschenknehmer auf die Sache gekommenen Lasten rückwärts auflöset, Sz. 954.; jede auflösende Bedingung aber sezt die Sache wieder in den Stand zurück, als wäre die Verbindlichkeit nicht vorhanden gewesen, Sz. 1183. Hierbey ist nachmals zwar gewöhnlich bey Schenkungen unter Lebenden der Geber derjenige, in dessen Hände die Sache zurückkehrt, weswegen der von solchen Schenkungen redende Saz 954. dessen gedenkt: allein bey Vermächtnissen kann die Rückkehr in dessen Hand nicht geschehen, weil er todt ist, deswegen gedenkt Sz. 1056. seiner nicht. Hier muß allemahl die Rückkehr in die Hand eines Nachfolgers — sey das nun ein allgemeiner oder besonderer Rechtsfolger — geschehen, und

Digitized by Google

das Wort: Geber, entscheidet alsdann keineswegs darüber, welcher von beeden es sey. Muß nun unser Fall nach eingetretenem Widerruf erwiesener maßen so angesehen werden als wäre das Vermächtniß des Y. gar nicht vorhanden gewesen; wer könnte da zweifeln, daß der X. als allein berufen, auch allein das Vermächtniß gehabt haben würde? Desgleichen zu b.) konnte hier an dem Daseyn eines Sammtrechts zwischen X. und Y. nicht gezweifelt werden, wenn gleich keine Stelle der Urkunde deren Recht mit diesem Namen belegt, da die Beschreibung des Sz. 1197. ganz darauf paßt, indem deren Titel (nemlich der lezte Willen) einen Jeden aus ihnen (den Y. sowohl als dem X.) ausdrücklich ermächtigt, den ganzen Betrag der einzunehmenden Schuld (dieses ist hier das Haus) einzufordern, so daß die an Einen von ihnen geschehene Zahlung den Schuldner befreyt, (welches hier der Fall ist, da der Erbe das Haus nur einmahl zu liefern hat.) Indessen würde freylich dieses dem X. nichts geholfen haben, wenn wir hier nicht in einem Fall schwebten, wo Zuwachsrecht ihm zu gut kommt: denn an sich ist es keinem Zweifel unterworfen, daß in den Sammttheil da, wo nicht ein anderer gesezlicher Grund hinzutritt, jeder Erbe und Rechtsfolger eines Sammtberechtigten nachfolgen könne, mithin der Abgang eines Sammtberechtigten noch keine Nachfolge des Mitberechtigten auf das Ganze begründe, sondern nur so viel wirke, daß er nicht herrenlos oder erblos Gut werden könne, weil am Ende da wo kein Erbe sich zum Mitberechtigten darstellt, der andere Mitberechtigte durch seine auf das Ganze und jeden Theil habendes Eigenthum die Herrenlosigkeit ausschließt, weswegen dann auch zu c.) die bey Puffendorf ange-

führte Gründe schon in dieser Hinsicht unrichtig, und überall nicht zu unserem Landrecht einstimmend sind. Mit allem dem waren aber nur zwey Stüzen des Rechts des X. als mangelhaft beseitigt, welches ihm, da die dritte aus dem Zuwachsrecht vollkommen haltbar befunden war, nichts schaden mochte. Es wollte zwar d.) diese Anwendung des Zuwachsrechts auf einen Fall, wo der eine Theil durch Widerruf ledig wird, für ungereimt angesehen werden, weil dadurch der Vortheil des Widerrufs, der doch die Strafe der nicht erfüllten Auflage ist, ganz einen Andern (nemlich dem X.) zu gut kommt, als dem, welchem die Erfüllung der Auflage zu gut gekommen wäre, welches unmöglich zur Absicht des Erblassers unterstellt werden könne, die doch jeder Auslegung eines lezten Willens zum obersten Grundsaz dienen müsse, Saz 1100 d b.; daraus wurde gefolgert, daß eher von der Natur des Zuwachses eine Ausnahme gemacht werden müsse, welcher in der Regel in Fällen eintrifft, wo allein die Betheiligung des Erben und Vermächtnißnehmers in Frage ist, und daß das Gesez den seltenen verwickelten Fall nicht vor Augen habe, wo durch die Sammtberechtigung noch ein Dritter Betheiligter hinzutritt. Allein möchte auch dieser leztere Umstand ein Grund werden können, eine beschränkende Anwendung zu machen, so schlägt er dennoch hier nicht an. Daß eine GedingStrafe nothwendig dem Hauptberechtigten zukommen müsse, sagt kein Gesez; vielmehr bringt Saz 1226. mit 1121. mit sich, daß man diese gar wohl einem Dritten bedingen kann, wie dann Zusagen der Art, z. B. daß wenn man sein Wort nicht halte, man so und so viel dem Allmosen geben wolle, häufig vorkommen. Hingegen sagt der gemeine Menschenverstand jedem, daß

derjenige

derjenige, der dem Einen eine Sache schlechtweg, und einem Andern eben diese nur unter einer Bedingung gibt, jenem auf den Fall da die Bedingung fehlschlägt, Niemanden an die Seite gesezt habe, folglich die demselben ganz gegebene Sache ihm nun auch ganz bleiben müsse. Es würde also ein grosser Verstoß gegen Sz. 1100 d c. und 1156 a. seyn, wenn man um einer Absicht willen, die außer der Urkunde geschöpft, auch nur muthmaslich, und nicht folgerichtig schließend ist, den aus der Urkunde klaren Willen anders zu wenden sich erlauben wollte.

56.

Widerrufsrecht der Erben in Bezug auf Dritte.

In dem zuvor erwähnten Fall, hatte nach erfolgter Zwischenklage des Vermächtnißnehmers der Erbe erklärt, wenn er nicht zum Mitbesiz des Hauses durch seine Klage gelangen könne, so wolle er von dem Widerruf abstehen, da er dieses dem Willen des Erblassers für gemäßer achte, als dem Vermächtnißnehmer zum Alleinbesiz zu verhelfen. Das lezere war eine grundlose Beschönigung, denn wäre der Erblasser wirklich dieses Sinns gewesen, so hätte er unmöglich den Erwerb des Y. an eine Bedingung knüpfen können, zu einer Zeit, wo er dem X. auf die nemliche Sache ein unbedingtes Recht gab. Inzwischen da unrichtige Beweggründe eines Handelnden über die bürgerliche Rechtmäßigkeit einer Handlung nichts entscheiden, so kam es nun auf die Frage an: in wiefern diese Zurücknahme des Widerrufs zulässig sey,

zu deren gründlicher Erörterung voraus bestimmt werden mußte, was der X. für Rechte gehabt haben würde, wenn der Erbe an den Widerruf nicht gedacht hätte. Dabey würde nun in diesem Fall der Vermächtnißnehmer keine Ansprache an den Alleinbesiz gehabt haben, a.) weil der Erbe als Nachfolger des Erblassers einerseits, und als derjenige, dem die Auflage des Gegenverkaufs zu gut gesezt war andererseits, die Erfüllung der Auflage verhindern konnte, in welchem Fall einmahl gewiß die Auflösung des Rechts des X. nicht eingetreten wäre, Sz. 1178., folglich b.) ihm eben so gut frey stehen mußte, geradezu und ausdrücklich, oder welches auf eines hinausläuft, hintennach durch Unterlassung des Widerrufs nach erfolgter Erfüllungs-Weigerung, die Auflage nachzulassen, wie dann c.) das Gesez auch nur einer Klage der Erben und Erbnehmer im Saz 1046. und zwar gerade darum statt finden läßt, um damit Erbtheil- und Erbstücknehmer auszuschließen, Erl. II. 474.; und d.) im Sz. 954. nur eine Rückkehr der Sache in die Hände des Gebers dem Widerruf zur Folge gibt. Hierwider schien zwar folgendes dem Vermächtnißnehmer zu gut zu kommen: zu a.) der Sz. 1178. gebe ein Recht, die Erfüllung durch ihre Verhinderung dahin zu vereigenschaften, daß sie kraft Rechtsdichtung für geschehen gelte, und der gebe es jenem Schuldner, der unter dieser Bedingung verbindlich sey, welches dann in gegenwärtigem Fall nicht der Erbe allein ist, der die Rücklieferungs-Verbindlichkeit hat, sondern auch der Mitvermächtnißnehmer, der die Verbindlichkeit hat, den Y im Mitbesiz zu dulden, wann die Bedingung erfüllt ist: ebenso zu b.) will das Gesez, daß ein Nachlaß nur nach der Betheiligung des Nachlassenden wirke, Sz. 1198. 2051.,

woraus folgt, daß hier keiner zum Nachtheil des Vermächtnißnehmers von den Erben geschehen könne, zu c.) schien der Zusaz des Badischen Landrechts, der aus Anlaß solcher Fälle in dasselbe aufgenommen wurde, wo einem Vermächtnißnehmer ein Aftervermächtniß auferlegt ist, auf diesen hier nicht vorhandenen Fall, eingeschränkt werden zu müssen, wenigstens als eine Eigenheit des Badischen Rechts nicht als allgemeine Folge des Napoleonischen Rechts zu gelten, sofort zu d.) der Umstand daß im Saz 954. nur von Rückkehr in die Hand des Gebers die Rede ist, schließt hier, wie schon im vorigen Stück gezeigt worden, den Vermächtnißnehmer nicht aus, dagegen e.) spricht der Umstand sehr stark für ihn, daß nach Angabe des vorigen Stücks ihm der Vortheil des Widerrufs zu gut kommt, mithin eine Unbilligkeit entsteht, wenn man diesen Vortheil von dem guten Willen des Erben als eines Dritten abhängen lassen will, welche Unbilligkeit sich zu einer wirklichen Rechtswidrigkeit dadurch erhöht, daß der Vermächtnißnehmer zu jenem Vortheil ohne den Gebrauch dieser Widerrufsklage nicht gelangen kann, und durch den Sz. 1166. berechtigt zu werden scheint, in des Erben Namen kraft eignen Rechts die Klage anzustellen. Zur Widerlegung dient jedoch die Bemerkung bey a.) die Einwendung würde treffend seyn, wenn das Gesez Sz. 1178. die Verhinderung eines jeden der verbindlich ist, für geltend statt einer Erfüllung angegeben hätte, so spricht es aber nicht; nur die Hinderung dessen, der unter der Bedingung sich verbindlich machte, sieht es für stellvertretend für die Erfüllung an, und das ist nur der Erblasser, der den lezten Willen machte, und der Erbe der, so wie er überhaupt an dessen Stelle tritt, also insbesondere durch Halbvertrag

jene Verbindlichkeit auf sich nimmt, Sz. 1100 d e., aber keineswegs der Mitvermächtnißnehmer X. der sich gegen den andern Y. zu nichts verbindlich macht, sondern nur vermöge der Staatsordnung wie jeder andere Staatsbürger verbindlich ist, denselben, in dem was ihm zugewendet ward, nicht zu stören. Ob nun gleich bey c.) die Worte: der Erben und Erbnehmer in der Badischen Uebersezung hinzu gekommen sind, so sind sie es doch gerade deswegen um einen strittig gewordenen Sinn desselben nach seinem Geist außer Streit zu sezen, Erl. II. 474.; sie sind daher nicht als Eigenheit des Badischen Rechts anzusehen, weniger noch auf die aus der Geschichte entnommene, aber im Gesez wohlbedachtsam nicht ausgedruckte Schranken jenes Falls, der ihre Einrückung veranlaßte, zurückgedrängt worden, zumahl der vorliegende Saz mit jenem ganz rechtsähnlich ist: denn wenn das Gesez wollte, daß da, wo ein Widerruf eines Aftervermächtnisses in Frage ist, nicht der Vermächtnißnehmer auf dessen Sache es ruht, sondern der Erbe, das Widerrufsrecht haben solle, so sagt es damit, es wolle nicht, daß der bey dem Vortheil betheiligte besondere Rechtsfolger, sondern der, wenn gleich bey dem Vortheil nicht betheiligte aber die Stelle dessen, der den Willen ordnet, vertretende allgemeine Rechtsfolger die Klage haben solle, das dann eben so gut da anschlägt, wo der Mitvermächtnißnehmer, der bey dem Vortheil betheiligte besondere Rechtsfolger ist, der dem Erben im Widerruf sich vordrängen will, welchemnach bey d.) die oben gemeldete an sich richtige Beseitigung dieses Grundes, das noch auf andern Gründen hinlänglich ruhende AlleinRecht des Erben zur Klage nicht beseitigt. Unbillig ist es hiernächst zu e.) gar

nicht, daß der welcher dem X. aus Gutmüthigkeit das Geschenk gab, an dem ein Andrer auf gewisse Fälle Theil haben soll, nicht in dessen, sondern in des nichtbetheiligten Erben Willkühr es ausseze, wenn der Fall der Bedingung für eingetreten gelten solle. Eben so wenig ist es dem Saz 1166. entgegen, der hier nicht angewendet werden kann. Denn dieser spricht nur davon, daß ein Gläubiger seines Schuldners Klage gegen Dritte in Zugriffsweise anstellen könne, wenn es zu seiner Befriedigung nöthig ist: zu seiner Anwendung mußte also ausgemacht seyn, daß der Erbe Z. ein Schuldner des X. wäre, ihm den Alleinbesiz zu verschaffen, und daß derselbe zugleich wider den Y. eine Klage hätte, ihm dem Z. diesen Mitbesiz zu geben. Dieses lezte ist aber der Fall nicht, weil laut des vorigen Stücks, sobald das vermachte Gut in die Lage kommt, wo der Y. davon abstehen muß, der Besiz kraft Gesezes dem X. zufällt, mithin der Z. darauf keine BesizlieferungsKlage hat; und das Erste ist auch der Fall nicht, weil die in diesem Stück vorausgeschickten Gründe darthun, daß Z. kein Schuldner des X. für Verschaffung des Mitbesizes ist, und der Widerruf, durch welchen er zufällig dem X. zufallen könnte, von der freyen Willkühr des Erben abhängt.

Aber darum konnte man dennoch den Erben jezt nicht mehr berechtigt achten, den Widerruf aufzugeben. Durch die erfolgte wohlberechtigte Beyklage war der Vortheil der vom Erben angestellten Klage dem Vermächtnißnehmer gemein geworden; der Erbe hatte den Widerruf erklärt, der Vermächtnißnehmer solchen zu seinem Vortheil in der Beyklage angenommen und benuzt, mag jener Widerruf immer eine Nichtschuldigkeit, also eine Freygebigkeit

gegen X. gewesen seyn, so war doch durch die Annahme desselben das Recht der Zurücknahme abgeschnitten, Sz. 932.; die Angabe, daß er nur in der Meynung ihn gethan habe, selbst davon den Vortheil zu ziehen, lief auf einen Rechts-Irrthum hinaus, der ihm zu Verlust und Gewinn schadet, Sz. 1 b., also war die Zurücknahme hier eine offenbare eigennützige Gefährde, und daher, nachdem einmahl durch den Widerruf, aus welcher Absicht er auch geschah, die auflösende Bedingung des Rechts des Y. mit ihm der Zuwachs seines Antheils eingetreten war, als eine zum Abbruch dieses Rechts unternommene Handlung dem Sz. 1167. entgegen.

57.

Widerruf einer Schenkung wegen nichterfülltem Gegenversprechen.

Nach Roms Gesetzen gab es zweyerley WiderrufsArten wegen unerfüllter Gegenversprechen. War das Versprechen der Schenkung als bestimmende Regel mithin als Bedingung oder Auflage angehängt, so konnte der Widerruf durch sachliche so gut als durch persönliche Klagen, mithin auch mit Wirkung gegen dritte Besizer geschehen, L. 1. C. de donat. quae sub modo, war es aber nur schlechtweg in oder außer der SchenkungsUrkunde ertheilt worden, so konnte der Widerruf zwar deswegen auch, aber nur mit der bloß persönlichen Undanksklage geschehen, L. ult. C. de revoc. donat., und nur da, wo ein Dritter, der die Sache von dem Beschenkten überkommen hatte, um die Nichterfüllung des Gegenversprechens Mitwissenschaft hatte, lief-

Digitized by Google

sen die Rechtslehrer aus dem nicht sehr treffenden Grund, daß seine Annahme der Sache eine Gefährde für den Schenker sey, den Widerruf auch gegen ihn wirksam seyn, Wernher III. Obs. 29. VII. Obs. 45. Jezt kommt alles darauf an, ob das Gegenversprechen dadurch, daß es in der Schenkungsurkunde gemacht ist, oder daß es obwohl außer derselben doch mit namentlicher Rückbeziehung auf solche und auf Begehren des Schenkers gegeben wurde, in Doppelrücksicht (correspectivitas) zu der Schenkung stehe oder nicht. Ist Ersteres, so gehört es unter Auflagen der Schenkung, die bey uns nicht aus Wortformen hervorgehen, sondern daraus, daß etwas sich als Voraussezung oder Bedingung zur Schenkung in der Absicht des Gebers vorhalte, Erl. II. S. 380, und alsdann findet der Widerruf gegen jeden Dritten statt, Sz. 954. Ist eine solche Doppelrücksicht nicht wenigstens muthmaslich vorhanden, so findet gar kein Widerruf statt, denn die Undanksklage dehnt sich nicht mehr auf einen solchen Fall aus, Sz. 955.

58.

Wirkung theilweis erfüllter Auflagen.

Ein Geschenknehmer, der die ihm gemachte Auflagen nicht erfüllt, sezt sich dem Widerruf aus, Sz. 953. Der Sprachgebrauch lehrt, daß dasjenige unerfüllt sey, wovon nicht alles geschehen ist, was zu der Erfüllung gehört, und der Sz. 1244. zeigt, daß eine theilweise Erfüllung die Wirkung einer rechtsgültigen Zahlung nicht habe. Ebendeswegen ist es außer Zweifel, daß bey Umsazverträgen derjenige

Digitized by Google

der auch nur mit einem Theil seiner Schuldigkeit im Rückstand ist, mit Wirkung wider seinen Gegner auf Erfüllung nicht klagen, Erl. III. S. 132., wohl aber umgekehrt gegen ihn auf Auflösung des Vertrags geklagt werden könne, Sz. 1184. Hieraus folgt, daß auch wegen einer nur theilweis nicht erfüllten Auflage der Widerruf ausgeklagt werden könne. Inzwischen ist die Wiederzurückgabe eine Verbindlichkeit, welche außer und über dem geraden Zweck des Vertrags liegt, und nur zur Sicherheit der Vertragsvollziehung auf den Fall der Nichterfüllung durch das Gesez bedungen ist, daher stillschweigend von jedem Geschenknehmer übernommen wird, folglich stellt sie nach der Begriffzeichnung im Sz. 1226. ein stillschweigendes Strafgeding vor. Von solchen ordnet aber der Sz. 1231. der Richter könne die Strafe mäßigen, wenn die Hauptverbindlichkeit zum Theil vollzogen ist: das desfalls anderwärts gesagte, Erl. III. S. 168. schlägt daher auch hier an, und der Richter kann nach Befinden den Widerruf theilweise gestatten, oder den Widerruf einer ganzen untheilbaren Sache gegen Zurückgabe einer angemessenen Vergütung oder die Abweisung der Zurückgabe gegen Erlegung einer gemäßigten Geldstrafe an den Geschenkgeber, verfügen, vergl. Sz. 618.

59.

Zufall bey nicht erfüllten Auflagen.

Aus den mancherley Entscheidungen des römischen Rechts wollte man die Regel gefunden haben, daß dasjenige was unter einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zweckbestimmung — solche sey nun Auflage oder Last gewesen — gege-

Digitized by Google

den wurde, obwohl es wegen mangelhaft gewordener Vertrags-Ursache gewöhnlich da zurückgefordert werden kann, wo die bezweckte Gegenleistung unterblieb, doch alsdann dem Gegentheil belassen werden müsse, wenn dieser an der Nicht-Erfüllung dessen, was geschehen sollte, unschuldig war, Cocceji J. C. L. XII. T. IV. 9. 6. Daher behauptete man auch, daß in Dienstverdingen der Dienstlohn gezahlt werden müsse, sobald der Diener ohne sein Verschulden zu dienen gehindert sey, Cocceji J. C. L. XIX. Tit. II. q. 27. Diese Regel schränkt sich jezt auf den Fall ein, wo der Geber Ursache ward, daß der Empfänger die Zweckbestimmung nicht erfüllen konnte. Es ist nemlich jede Zweckbestimmung eine auflösende Bedingung, Erl. V. S. 130. Keine Bedingung gilt schon dadurch für erfüllt, daß man gehindert war, sie zu erfüllen, sondern erst dadurch wird jede für erfüllt geachtet, daß der Schuldner ihre Erfüllung hindert, Sz. 1179; denn unmöglich hätte dieser Saz unsers Rechtsbuchs so beschränkt auf jene veranlaßte Hinderungen ausgesprochen werden können, wenn er von jedem unverschuldeten hätte gelten sollen. Wer also z. B. einem Andern Reisegeld zu einer Reise nach Rom gegeben hätte, von welcher dieser durch eine langwierige Krankheit wäre abgehalten worden, oder wer einem Sachwalter Vorschuß auf Prozeß-Verdienst gegeben hätte, der vor Anfang des Prozesses gestorben wäre, der würde ohne Anstand jezt die Rückforderungs-Klage haben, unerachtet er sie nach Justinianeischem Recht nicht hatte. Bey Dienern und Dienstboten fällt ebenso die Belohnungs-Schuldigkeit weg, wenn der Dienst nicht geleistet wird, es wäre dann, daß der Dienstherr die Leistung hinderte. Was Diener- und Gesinde-Ordnung hieran

mildern, fließt vorzüglich aus BilligkeitsGründen: ist aber nicht Ausfluß allgemeiner RechtsGrundsäze.

60.

Doppelvermächtnisse.

Doppelvermächtnisse entstehen, wenn an mehrere Personen dieselbe Sache, oder an einerley Person dieselbe Sache mehrmals gegeben wird. Die erste Gattung derselben ist hinlänglich im C. N. erörtert. Der Sz. 1045 sagt: eine Sache gilt für mehrere zusammen hinterlassen, wenn sie ohne Verschlimmerung nicht getheilt werden kann, und in der nemlichen Urkunde Mehreren wenn gleich jedem ganz und besonders gegeben ist. Hieraus folgt a.) bey einem Doppelvermächtniß an Mehrere in der nemlichen Urkunde, wovon der Gegenstand theilbar ist, sey jedem nur ein Theil einzeln zugedacht, bey einem solchen aber, wovon er untheilbar ist, gelten die ernannten als zur Gemeinschaft berufen: in keinem Fall hat der Erbe das Ganze zweymal zu geben, b.) bey einem solchen Doppelvermächtniß, das in verschiedenen lezten Willen gegeben ist, muß das Gesez das Gleiche nicht wollen, sonst hätte es das Zusammenvermachtseyn in obigem Gesez nicht auf ein besonderes Vermachen in der nemlichen Urkunde beschränken können. Was nun hier des Gesezgebers Ansicht sey, lehrt uns zum Theil Sz. 1036, nach welchem ein solcher Fall α) bey Stücksachen, die nur einmahl vorhanden sind, also nicht doppelt gegeben werden können, das lezte Vermächtniß für Widerruf des ersten

gelten soll, Erl. II. 438., mithin wird auch hier der Erbe nicht doppelverbindlich, sind es hingegen β) Gattungssachen, wovon ein gewisser Antheil vermacht ist, z. B. eine Summe Gelds, eine Menge Frucht, dann zweifelt niemand, daß solche an verschiedene Personen gegebene Vermächtnisse, sowohl wenn sie in einer als wenn sie in verschiedenen Willensurkunden gegeben sind, doppelt geleistet werden müssen, theils weil die doppelte Leistung ein natürlicher Weg ist, wie beede beysammen bestehen können, den man allemahl einschlagen soll, Sz. 1036, theils weil die Gleichnamigkeit des vermachten Antheils, z. B. 100 fl. Geld, 50 Malter Korn, die Sache noch nicht zu derselben Sache macht, was doch nothwendig ist, damit ein Vermächtniß, das an mehrere Personen gegeben ist, für ein Doppelvermächtniß angesehen werden könne.

Aber die zweite Gattung der Doppelvermächtnisse, wo eine Sache derselben Person mehrmals zugeschrieben ist, hat keine solche bestimmte Erörterung im Gesezbuch. Da wo A.) von Stücksachen die Rede ist, da lehrt die Natur der Sache, daß das, was nur einmahl vorhanden ist, nicht zweymahl gegeben werden könne; wollte man sagen, es könne nochmahls angeschafft oder der Werth desselben der einmaligen Uebergabe zugelegt werden, so ist ersteres nicht zu behaupten, weil in diesem Sinn der Verdopplung das Vermächtniß einer fremden Sache wäre, das nach Sz. 1021 unkräftig ist; lezteres steht auch nicht zu behaupten, weil der Erblasser, wenn er Geld hätte wollen vom Erben bezahlt wissen, nicht ein Stück vermacht haben würde, und weil die Rechtsähnlichkeit des obenerwähnten Sz. 1036 und des Sz. 1045 darthut, daß bey Stücksachen die Verdopp-

lung nur Gemeinschaftlichkeit oder Hinfälligkeit der frühern Verordnung erzeugen soll, welch ein oder anderes da, wo dieselbe Person zum Vermächtnißnehmer eines Doppelvermächtnisses ernannt ist, auf eins hinauslauft, nemlich dahin, er bekommt die Sache einmal, und mehr nicht. Auch B) bey Gattungssachen, die derselben Person in zwey verschiedenen lezten Willen gleichnamig vermacht worden, läßt der Sz. 1036 keinem Zweifel Raum, daß das Vermächtniß zweymahl gezahlt werden müsse, so lange nicht, und zwar aus den lezten Willensurkunden selbst, Sz. 1100, db und 1156 a, die Absicht des Erblassers erweislich wäre, daß es nur einmahl gegeben werden solle. Wenn aber dieses Doppelvermächtniß in ein und derselben lezten Willensurkunde steht, dann wollte man, wenigstens ehehin, die Absicht der Verdopplung nicht vermuthet wissen, und legte daher dem Vermächtnißnehmer auf, die Absicht der Verdopplung zu beweisen, wenn er es doppelt beziehen wollte, Wernher 1. Obs. 202. Nach unserm jezigen Gesezzusammenhang würde dieses unrecht seyn. Denn ein solches Doppelvermächtniß hat zwar das gegen sich, daß nicht abzusehen ist, warum der Erblasser nicht gleich Anfangs die doppelte Summe geschrieben habe, wann er es doppelt gegeben haben wollte, jedoch lassen sich hierzu immer noch mögliche vernünftige Gründe auffinden, z. B. daß ihm erst hintennach der Gedanke gekommen, dem Vermächtnißnehmer noch so viel zu geben, und er oben nichts mehr habe ändern wollen, um die Schrift nicht verdächtig zu machen. Jene bloße Unbegreiflichkeit der Gründe einer an sich in der Verdopplung wohl ausführbaren Fassung hat nirgends im Gesez die Kraft erhalten, eine Abweichung

von dem klaren Wortlaut zu begründen, und ohne Beweis einer diesen Wortlaut vereitelnden Absicht eine solche hinzuzutragen, wäre ebenso gesezwidrig, als diesen Wortlaut für einen Irrthum ohne Beweis auszugeben, da doch Irrthum niemals vermuthet werden darf. Aus diesen Ableitungen obiger Wahrheit geht zugleich hervor, daß bey solchen Doppelvermächtnissen, da wo der Fall ist, daß sie nach dem Gesez doppelt zahlbar sind, die dem Gesez entgegen seyn sollende Absicht der blos einfachen Zahlbarkeit jedesmahl von dem Erben, der dadurch die aus dem Gesez entspringende Verbindlichkeit der Doppelzahlung für aufgelößt geltend machen will, geführt werden müsse, Sz. 1315.

61.

Wirkung einer Zernichtungsklage gegen lezte Willen.

Wenn gleich ein Aufruf der Betheiligten gegen einen eingesezten Erben nicht statt findet (St. 62.) so schließt doch dieses die unaufgerufene Einsprache eines Betheiligten nicht aus. Was wirkt nun diese, wann sie aus der Nichtigkeit des lezten Willens ausgeht? — Sobald das Gesez aussprach, daß der eingesezte Erbe die gesezliche Gewähr habe, Sz. 1006, und daß er zwischen dem PflichtErben und den übrigen gesezlichen Erben mitten inne stehe, Sz. 1011, so folgt, es dürfe in einem solchen Fall, wo kein PflichtErbe da ist, wo er folglich vor allen übrigen gesezlichen Erben, die das Gesez erst nach ihm zuläßt, gerufen ist, in dem Gebrauch seines durch den richterlichen Bei-

sazbefehl gewährten Rechtsbesizes keine Hinderniß in den Weg gelegt werden: denn Besiz und Gewähr haben, und an der Besiznahme gehindert werden dürfen, sind widersprechende Dinge. Alles kommt also darauf an: tritt der Einsprechende mit einer Zernichtungsklage, gegen den Beisazbefehl, also im Besizweg auf, oder gegen den lezten Willen selbst, also im Anspruchsweg. Im erstern Fall wird allerdings Besiz und Gewähr strittig, und hier ist der Fall, wo die alte Lehre noch Anwendung finden mag, daß von beeden streitenden Theilen jeder Theil inzwischen dasjenige behalte, was er bis dahin inne hatte, und keiner vor ausgemachtem Besizstreit zu neuen BesizErgreifungen gelassen werde, Mevius II. Dec. 281. Diese Zernichtungsklage wider den Beisazbefehl kann aber nur in dem kaum denkbaren Fall statt finden, wenn der Richter zu einer Urkunde, welche a) sich gar nicht als lezten Willen ausspricht, oder b) welche die äussere gesezliche Gestalt desselben nicht hat, oder c) deren ein PflichtErbe wissender Dingen gegenüber steht, den Beisazbefehl ertheilt hätte, wo alsdann in einem oder dem andern dieser Fälle wegen sichtbarer Mängel, vergl. Erl. IV. 327., der lezte Wille und der Beisazbefehl formgültig nicht genannt werden kann, Erl. V. §. 714 und 744. Sobald hingegen verborgene Nichtigkeiten der Form, oder gar Nichtigkeiten des lezten Willens nach seinem Inhalt ausgeführt werden wollen, alsdann wird nicht mehr wider den Beisazbefehl, sondern wider den lezten Willen selbst die Zernichtung gesucht, und alsdann ist nicht mehr ein Besizweg in Frage, in welchem nicht über den RechtsTitel, sondern lediglich über die Thatsache der Eigenmacht gehandelt werden darf, Erl. I.

Digitized by Google

S. 400., die aber dem nicht vorgeworfen werden kann, der einen gültigen Einsazbefehl zu einem, wenn gleich in der Folge umstößlichen lezten Willen vor sich hat) sondern es handelt sich alsdann um den Anspruchsweg, der dem rechtmäßigen Besizer bis zum Ausgang den ungestörten Genuß seines Besizes gewährt. Offenbar wäre auch der wohlbedächtlich gemachte Unterschied ganz vereitelt, wornach der Erbnehmer nur im Zusammenstoß mit PflichtErben, nicht aber in jenem mit andern gesezlichen Erben zu einem Auslieferungsbegehren an den in Ermanglung eines lezten Willens berufenen gesezlichen Erben verbunden seyn soll, wann jeder gesezliche Erbe, blos dadurch, daß er Einsprache macht, die er auf Nichtigkeiten stüzen will, und einzig stüzen kann, dem Eingesezten in dem Besiz sich verdrängen, und damit seine behauptete Nichtigkeit einstweilen vorläufig im Besizweg durchsezen, und den eingesezten Erben nöthigen könnte, einst wegen der Auslieferung an ihn das Begehren zu stellen. In diesem Streit dürfte es also dem gesezlichen Erben nicht ebenso wie im vorigen Fall zu gut kommen, wenn er die Inhabung einiger Erbschaftsstücke an sich gebracht hätte, sondern diese würde er vor allen Dingen, troz jener Zernichtungsklage, an den in der Gewähr stehenden eingesezten Erben aushändigen müssen: so weit nicht etwa die Nothwendigkeit einer fürsorglichen Sicherheitsleistung zuvor berichtigt werden müßte.

Digitized by Google

62.

Aufforderung der gesezlichen Erben für lezte WillensEröffnungen.

Es war eine in der alten Rechtsverfassung bey Privattestamenten nöthige Einrichtung, daß die Erben zur lezten WillensEröffnung gerufen wurden, Stryck Us. Mod. ff. L. 29. Tit. 3. §. 2. Berger Oec. Jur. L. 2. P. 4. Th. 19. No. 5. Daher entstand allgemein der von manchen Gerichten noch jezt fortgeführte Gebrauch, wenn ein lezter Wille mit Erbsezung vorhanden, und der Erblasser ohne Pflicht-Erben gestorben ist, dennoch die etwaige weiter entfernte gesezliche Erben zur Einsprache durch einen LadungsRuf (citatio edictalis) aufzurufen. Dieses ist jezt nicht allein nicht nothwendig, sondern es ist sogar gesezwidrig, wann es der Richter Amtshalber thut, und unnüz, wenn es der lezte WillensErbe bittet. Das System des C. N. ist folgendes: Jede Erbschaft muß nach dem Tod ohne allen Zwischenraum auf einen Erben kraft Gesezes übergehen, Sz. 724 vergl. mit Sz. 1006; es kann nur ledig, oder nach römischer Rechtssprache ruhend, werden, wenn niemand die Erbschaft anspricht, auch niemand bekannt ist, welcher die Erbschaft anzusprechen befugt wäre, Sz. 811. Wo daher jemand, der als gesezlicher Erbe die Erbschaft an sich ziehen will, unter der Zahl der gesezlichen Erben kundbar steht, und niemand auftritt, der Einsprache macht, da muß ihn der Richter die Erbschaft in Besiz nehmen lassen, und kann sich gar nicht darein mischen, nicht einmahl wann ihm bekannt wäre, daß ein anderer gesezlicher Erbe noch vorhanden seyn könnte, der ein näheres Recht zur gesezli-

chen

den Erbschaft hätte, noch weniger deßwegen, weil ihm dieser Umstand bloß unbekannt ist. Dieses fließt auch aus dem obersten Grundsaz der Napoleonischen bürgerlichen Gesezgebung, wornach der Richter von Amtswegen in Privat-Angelegenheiten im strengsten Sinn nichts thun darf ohne von der Parthie oder dem KronAnwald aufgefordert zu seyn, lezteres findet ebenfalls nur da statt, wo das Gesez diesem ein Recht gibt einzuschreiten: welches in Bezug auf die Erbbesiznahme eines gesezlichen Erben der Fall nicht ist. Erst alsdann wann gar kein gesezlicher Erbe vorhanden ist, und es deswegen zu einer Erbfolge kommt, bey welcher alle gesezliche Gewähr des Erbbesizes aufhört und eine richterliche Besizeinweisung und Gewähr an deren Stelle tritt, erst da kann es auf eine gerichtliche Einmischung, und zum Behuf der GewährErtheilung zu einem vorgängigen Aufruf der Einsprachsberechtigten ankommen, Sz. 770. Sobald nun der Gesezgeber wollte, daß da, wo PflichtErben vorhanden sind, ein eingesezter Erbe niemals in Besiz und Gewähr der Erbschaft komme, die der PflichtErbe allein hinnimmt, und jenen als bloßen Vermächtnißnehmer abfertigt, daß hingegen da, wo kein Pflicht-Erbe vorhanden ist, der eingesezte Erbe den übrigen gesezlichen Erben vorgehen, und statt ihrer in der gesezlichen Gewähr stehen solle, so mußte er zugleich wollen, daß derselbe, so gut wie der gesezliche Erbe, ohne vorherigen Aufruf etwaiger Einsprachsberechtigten sich des Erbbesizes unterziehen dürfe. Klarer konnte dieser Wille nicht ausgedrückt werden als es durch den Sz. 1008. im Gegensaz mit 770. geschah: hier, nemlich wo der Richter die Gewähr ertheilt, ist ihm Vernehmung der Bethei-

tigten und des KronAnwalds sodann Erkenntniß darüber auferlegt; dort, wo das Gesez die Vermächtnißnehmer in die Reihe der Erben eintreten läßt, soll der Richter nur durch einen Beisazbefehl die Erben in den Besiz einweisen, dessen Nahme schon alle vorgängige Vernehmung von Betheiligten ausschließt; er soll ein bestimmtes Verfahren beobachten, das auf drey Stücke beschränkt ist a.) Empfangnahme einer Bittschrift, auch b.) einer ihr beyliegenden HinterlegungsUrkunde über den lezten Willen, endlich c.) Beischreibung des Beisazbefehls zur Bittschrift. Ohne klare Beiseitsezung des Sz. 6 a. b. kann er hier keinen Aufruf der Betheiligten einschieben. Das Verlangen des berufenen Erben selbst mag nicht einmahl Grund dazu werden, weil die Vorladung unnüz ist, denn jeder Erbberechtigte hat dreyßig Jahre zur Erbschaftsforderung, Sz. 790., diese kann ihm keine richterliche Verfügung, selbst nicht die Todeserklärung, entziehen oder verkürzen, Sz. 132.

63.

Aechtheitsprüfung bey lezten Willens-Urkunden.

Eine Privaturkunde erfordert, um vom Richter als Erkenntnißquelle angenommen zu werden, Aechtheitsprüfung, so lange sie nicht anerkannt worden ist, Sz. 1322 und 1324. Die lezte Willen können jezt in zwey Fällen durch Privaturkunde gemacht werden, einmahl bey eigenhändigen lezten Willen, welche nichts als Hand- und Unterschrift des Erblassers erfordern, sodann bey geheimen lezten

Digitized by Google

Willen, deren Umschlag zwar eine öffentliche Urkunde fordert, deren Inhalt aber sich an der bloßen Unterschrift des Erblassers, auch ohne seine eigne Niederschreibung des Inhalts begnügt, Sz. 970 und 976. Hieraus entsteht Anlaß zur Frage, wiefern diese beede Gattungen der lezten Willen jene Aechtheitsprüfung erfordern und zulassen, wie es vorhin zum Theil bey PrivatTestamenten der Fall war, Mevius ad Jur. Lab. P. 2. T. 1. Art. XI. Nro. 17. Zweyerley Zeitpunkte müssen hier unterschieden werden: jener der Eröffnung und jener der Vollziehung eines lezten Willens. Ueber die Eröffnung enthält das bürgerliche Gesezbuch eine eigene Verordnung; diese besagt: „ein eigenhändiger „lezter Wille soll, ehe er vollstreckt wird, dem Vorsteher „des Gerichts unter welchem das Erbe gelegen ist, vorgelegt werden: ist er versiegelt, so soll er dort geöffnet werden; der Vorsteher läßt ein Protokoll, über die Vorlegung, „Eröffnung und Beschaffenheit der Urkunde, fertigen, „und befiehlt deren Hinterlegung in die Hände eines Staatsschreibers. Ist der Wille in geheimer Form gefertigt, „so geschieht die Eröffnung, Beschreibung und Hinterlegung auf gleiche Weise, die Eröffnung aber erfordert das „Beyseyn der Staatsschreiber, und der Zeugen, welche die „AufschriftsUrkunde unterzeichnet haben, und sich am Ort „befinden, oder eine vorausgegangene Berufung derselben.“ Da hier eine bestimmte Form der Beglaubigung dieser beeden Arten von lezten Willen vorgeschrieben ist, und darunter die Anordnung einer Aechtheitsprüfung nicht sich eingezeichnet findet, so ist dieses Beweises genug, daß das Gesez eine solche in diesem besonderen Fall nicht habe verordnen wollen, indem wenn dasselbe diesen ebenfalls

Digitized by Google

der allgemeinen Art der Aechtheitsprüfung hätte unterwerfen wollen, jene besondere Beglaubigungsvorschrift entweder hätte wegbleiben, oder als ein nöthig gefundener Zusaz zu den gemeinen Aechtheitsprüfungen einer Urkunde hätte bezeichnet werden müssen. Auch ist leicht einzusehen, warum das Gesez dieses so gut fand: zu der Zeit nemlich, wo der lezte Wille eröffnet werden muß, kann man noch nicht wissen, wer der rechtmäßige Verfechter oder Anfechter des lezten Willens seyn werde, man hätte also entweder eine solche Prüfung ohne einen rechtmäßigen Gegner vornehmen müssen, welches wider die Natur der gerichtlichen Handlungen streitet, auch dem wahren Gegner, wenn er sich einst darstellt, sehr nachtheilig wäre, weil er nun gegen die Urkunde und ihre gerichtliche Aechtheitserklärung zugleich fechten mußte, oder man hätte die Eröffnung anstehen lassen müssen, bis durch vorherige Gerichtshandlungen der rechtmäßige Gegner gehörig bestimmt gewesen wäre, welches wider das Staatswohl und wider den Hauptzweck, allen Anlaß zu ruhender Erbschaft zu vermeiden, zugleich angestoßen haben würde. Diese NichtNothwendigkeit einer die Eröffnung begleitenden AechtheitsPrüfung gehet weiter noch aus dem Sz. 1008. in doppelter Weise hervor, einmahl dadurch daß dieser Saz, selbst in dem Fall wo ein HauptErbe ernannt, und kein PflichtErbe vorhanden ist, die GewährsErtheilung durch einen Beysazbefehl also ohne jemand Anders vorher vorzuladen oder zu vernehmen, vorschreibt, zum andern dadurch, daß er den Beysazbefehl unter die Bittschrift, nicht unter die lezte Willensurkunde zu sezen befiehlt. Damit nemlich bezweckt er, daß nicht die Privaturkunde selbst zu einer öffent-

Digitized by Google

lichen gemacht, mithin der nachfolgenden Aechtheits-Prüfung nicht entzogen werden soll. Sobald daher entweder ein Pflichterbe gemäß dem Sz. 1021. um Auslieferung des Erbvermächtnisses angegangen wird, oder ein eingesezter Erbe, nachdem er vermög Sz. 1008. die Gewähr bestätigt erhalten hat, von einem gesezlichen Erben mit der Erbzueignungsklage belangt wird, und dadurch nur der lezte Wille in Prozeßwegen zur Sprache kommt, so kann derjenige, welcher gegen den Vollzug des lezten Willens streitet, dadurch, daß er die Handschrift nicht anerkennet, allerdings eine Aechtheitsprüfung herbeyführen, wenigstens bey eigenhändigen lezten Willen, wo die Eigenhändigkeit wesentliche Form, und daher deren Läugnung eine Anfechtung der Form ist, welche allemahl Nichtigkeit nach sich zieht, sobald sie mit Fug geschieht, Sz. 1001. Ob aber das Nämliche auch bey geheimen lezten Willen anzuwenden sey, das mag darum bestritten werden, weil hier a.) die Eigenhändigkeit nicht zur Form gehört, welche bloß in der Behandlung des Umschlags liegt, auch b.) die Gewißheit des Willens hier nicht auf der Prüfung der Aechtheit der Niederschreibung des Inhalts beruht, sondern auf der mündlichen Aechtheits-Versicherung, die auf dem Umschlag öffentlich beurkundet ist, und man daher c.) schon im alten Recht hierbey zwar einen Verfälschungsbeweis für zulässig, aber nicht eine Aechtheitsprüfung für nothwendig fand, Puffendorf T. IV. Obs. 205. Inzwischen ist doch dagegen zu erwägen zu a.) daß wenn gleich nicht Eigenhändigkeit der Schrift, doch Eigenhändigkeit der Unterschrift auch bey geheimen lezten Willen, unter die Erfordernisse der Form aufgenommen worden ist, Sz. 976., sodann zu b.)

Digitized by Google

daß die Gewißheit des Willens aus der Aechtheits-Versicherung auf den Umschlag nur alsdann ungezweifelt hervorgeht, wenn diese selbst nicht als unwahrhaft da steht, wie jedoch erscheinen würde, sobald eine Aechtheitsprüfung zeigte, daß die Unterschrift der innern Urkunde, welche durch dessen Zeugniß auf dem Umschlag für seine des Erblassers eigene Hand von ihm anerkannt worden ist, seine Eigene nicht sey, mithin solches Umschlagsbekenntniß Unwahrheiten enthalte, welchemnach z u c.) die jezige Gesezverhältnisse von der alten zu abweichend erscheinen, als daß von damaligen Entscheidungen noch ein rechtsähnlicher Gebrauch sich machen ließe. Dennoch wenn man z u b.) erwägt, daß der Erblasser, der eine Schrift als von ihm unterzeichnet gerichtlich übergibt, am besten wissen könne und müsse, welches seine Unterschrift sey, und daß jeder Unächtheitsbeweis nach seinem Tod nur durch Handschriftsvergleichung geführt werden kann, nachdem eidliche Abläugnung in unserem Recht nicht statt findet, Erl. III. 240., die Handschrifts-Vergleichung aber ein sehr trügerischer Erkenntnißweg ist, Berger Oec. Jur. L. 4. P. 2. th. 14., der also den vollständigen Beweis aus dem eigenen Anerkenntniß des Erblassers nicht umstoßen kann, so wird z u c.) mit Recht bey der alten Lehre verharrt, daß hier eine Aechtheitsprüfung nicht nöthig, sondern allein ein wirklicher Verfälschungsbeweis dawider zulässig sey, sobald nicht Wahrscheinlichkeiten hinzukommen, daß und wie eine Austauschung der im Umschlag gelegenen Urkunde habe vorgehen können, ohne daß der Erblasser es inne geworden sey.

Digitized by Google

64.

Unbestimmte ErbtheilVermächtnisse.

Der Code Napoleon beschreibt das Erbtheilvermächtniß als ein solches, das auf einen bestimmten Theil der Verlassenschaft (quote-part) gegeben wird, Sz. 1010., und allerdings wird ein vorsichtiger Vermächtnißgeber die Bestimmung nicht unausgedruckt lassen. Inzwischen gibt es Fälle, wo diese Vorsicht unterbleibt, Wernher V. Obs. 204. Für solche Fälle bestimmte das römische Recht den Umfang des Vermächtnisses auf die Hälfte der Verlassenschaft, L. 164. §. 1 ff. de Verb. Sign. Der Code Napoleon hat diese Verfügung sich nicht eigen gemacht. Zuviel würde man daraus schließen, wenn man annähme, der Ausdruck: bestimmter Theil, mache jedes Theilvermächtniß, dessen Theil nicht ausgedruckt wäre, ungültig. Das ist die Meynung nicht; denn auch eine unausgedrückte aber doch vernünftig auffindliche Bestimmung, bildet einen bestimmten Theil. Aber eben darum hat weislich das Gesezbuch die Bestimmung auf die Hälfte weggelassen. Hiermit erhält nun die Regel Raum, daß das Unbestimmte der Natur des Gegenstandes gemäß auszulegen sey, Sz. 1100 da. und 1158. und dieser wird stets zu einer Bestimmung führen, aber gar oft zu einer andern als zur Hälfte. Wenn z. B. ein Erblasser gesagt hätte, ich seze den N. und O. zum Erben ein, und späterhin ich vermache dem P. einen Theil meines Vermögens, so würde man ihn zu den berufenen MitErben zählen, mithin ihm ⅓ anweisen. Wenn er gesagt hätte, ich lasse mein Vermögen meinen gesezlichen Erben, jedoch vermache ich ei-

nen Theil meines Vermögens dem X. und der gesezlichen Erben wären 6, so würde man dem X. $\frac{1}{7}$ zuscheiden. Wenn er gesagt hätte ich vermache meinem Vater den Pflichttheil, ich vermache dem Y. einen Theil meines Vermögens, so würde man dieses auf einen Theil am Freytheil beziehen und ihm mit den übrigen gesezlichen Erben im Freytheil nach Zahl der Stämme oder Köpfe ein Stamm- oder Kopftheil geben.

65.

AuslieferungsBegehren bey Vermächtnissen.

A. und B. hatten Vermächtnisse erhalten. A. mahnte den Erben in acht Monaten zweymahl und dann klagte er; zu gleicher Zeit mit ihm klagte B. unmittelbar nachdem er ein vergebliches AuslieferungsBegehren an den Erben gestellt hatte. Beeden ward der Zins der Vermächtnisse nur vom Tag der Klage an zuerkannt. Dieses gab zu der Frage Anlaß: ob dem A. die Zinsen nicht schon von der frühern urkundlichen Anforderung an hätten zugesprochen werden sollen. Es schien dieses begründet zu werden a.) durch die im Saz 1139. ausgesprochene Regel, wornach jede öffentlich beurkundete Aufforderung, den Verzug mit seinen Folgen nach sich zieht, und b.) durch den Gegensaz worinn der Saz 1011. und 1014., welche den ErbtheilVermächtnißnehmern und den StückVermächtnißnehmern nur ein Verlangen der Auslieferung an die Erben, ein Gesuch um Auslieferung auferlegten, mit dem Sz. 1005. stehen, der dazu bey den Erbnehmern eine gerichtlich ge-

forderte Auslieferung nothwendig erklärt. Allein zu a.) jene Regel des Verzugs, die im dritten Titel von Verträgen, also in Bezug auf erwerbende Rechtsgeſchäfte ausgesprochen iſt, und ſelbſt bey dieſen Ausnahme leidet, wenn von Zinſen aus einem davon zu ziehenden Gewinn die Rede iſt, Sz. 1154 und 1155., kann auf gewinnende Rechtsgeſchäfte gerade wegen dieſer Ausnahme nicht angewandt werden, ſondern bey dieſen iſt gerade nur allein die Verzinſung von der Zeit der gerichtlichen Anforderung an, in dem Sinn unſeres Geſezbuchs. Auch ſind zu b.) die Erbtheil- und Erbſtückvermächtniſſe kein Gegenſaz, ſondern nur Seitenſtücke von den Erbvermächtniſſen, alle ſind gleiche Unterglieder von der allgemeinen Klaſſe der Vermächtniſſe, welche alle unſer Geſezbuch in der Regel gleich behandelt wiſſen will, Sz. 1002., alſo darf man auch ihre Verordnungen nicht im Gegenſaz, ſondern muß ſie vielmehr nach der Gleichförmigkeit erklären, man muß mithin ſchließen, nachdem der Sz. 1005. bey Erbvermächtniſſen ein gerichtlich angebrachtes Auslieferungsbegehren fordert, daß das nachher im nemlichen Abſchnitt von Vermächtniſſen in den Sz. 1011 und 1014. in unbeſtimmteren Ausdrücken erwähnte Auslieferungsbegehren unter gleicher näherer Beſtimmung zu verſtehen ſey. Dieſes beſtätigt dann auch eine tiefere Einſicht in den Zuſammenhang. Denn bey den Erbvermächtniſſen iſt nicht der Saz 1005. derjenige, der die Nothwendigkeit des Auslieferungs-Begehrens feſtſezt, ſondern der Saz 1004, und dieſer erwähnt deſſen gerade ſo unbeſtimmt, wie der Sz. 1014. bey den Stuckvermächtniſſen. Demnach zeigt der Saz 1005. nachmals, daß da, wo die Anforderung nicht gütlich be-

Digitized by Google

willigt wird, erst vom Tag der gerichtlichen Anforderung an, der Zinslauf beginne. Wie könnte man nun berechtigt seyn, jenen bey beeden Arten der Vermächtnissen gleichzeitig gebrauchten unbestimmten Ausdruck in beeden Stellen verschiedenartig zu bestimmen, das einemahl auf gerichtliche das andremahl auf jede öffentliche oder gar PrivatAnforderung zu beziehen? Allen Zweifel beseitigt vollends der Saz 1015.: dieser soll Ausnahmen festsetzen vom Sz. 1014., das heißt von jener Regel, wornach der Zinslauf durch Anforderung begründet werde. Offenbar muß das, was darinn als der Saz ausgesprochen wird, wovon die genannten Fälle ausgenommen werden sollen, auch der Sinn der im vorhergehenden Saz ausgedruckten Regel seyn. Ueber das, wovon Ausnahme statt finden soll, heißt es aber darinn: die Zinsen — gebühren — von Sterbtag an, und ohne der gerichtlichen Einklage zu bedürfen. Gerichtliche Einklage muß also Regel seyn für Begründung der Zinsen eines ErbstückVermächtnisses (legatum particulare) so gut als für Erbvermächtnisse (legatum universale).

66.

Natur der Kapitalvermächtnisse.

Da eine Kapitalforderung nur ein persönliches Recht an einen Dritten auf eine verbrauchbare Gattungssache ist, so geschieht es zuweilen, daß ein Kapitalvermächtniß und ein Geldvermächtniß von gleicher Summe für gleichgeltend genommen werden, und dennoch sind beede

sehr wesentlich verschieden, indem lezteres das Vermächtniß einer Gattungssache (legatum generis) jenes aber ein Vermächtniß einer unkörperlichen Stücksache (legatum speciei et rei incorporalis) ist. In der Anwendung erzeugt dieses mehrere merkwürdige Verschiedenheiten. a.) Das Geldvermächtniß überträgt für sich niemals ein Eigenthum, sondern erst die erfolgte Zahlung gibt ein solches an den gezahlten Geldstücken, weil erst durch diese die Sache, die sein Gegenstand ist, vollbestimmt wird, vergl. Erl. III. S. 484., hingegen das Kapitalvermächtniß überträgt kraft Gesezes gleich andern Stückvermächtnissen, Sz. 1014., mit dem Tag des Erbanfalls das Eigenthum; daher geht b.) auch von jenem vor der Zahlung keine Gefahr auf den Vermächtnißnehmer über, möchte alles Geld des Erblassers gestohlen werden, wenn sonst noch Vermögen genug für Schulden und Vermächtnisse übrig wäre, so würden die Geldvermächtnißnehmer nichts darunter leiden, hingegen vom Kapitalvermächtniß geht alle Gefahr auf den Beschenkten über, wird der Brief, der etwa ein Zettel auf Inhaber ist, ohne Verschulden des Erben geraubt und eingezogen, Sz. 1042., wird der Schuldner des Kapitals zahlungsunfähig u. d. gl., dieses alles sind Unfälle, die den Vermächtnißnehmer treffen. Wenn ferner c.) dieser sein Auslieferungsbegehren angebracht und sich damit ein Recht zum Früchtengenuß geöffnet hat, Sz. 1014., so zieht das Geldvermächtniß schlechthin nur gesezliche Zinsen, kraft Verzugs nach sich, Sz. 1153; das Kapitalvermächtniß aber zieht alle davon seit jenem Anfangsziel verfallene an sich, deren Betrag mag nun höher oder niederer seyn, als die gesezliche Verzugszinsen, weil sie ihm kraft des Eigenthums an-

Digitized by Google

wachsen, Sz. 547. Ich sage, von jenem Anfangsziel an, denn auf die frühere etwa vielleicht selbst von der Lebzeit des Erblassers her noch ausständigen Zinsen hat er keinen Anspruch; zwar sind sie Früchte des Kapitals, wie man meynen möchte, hängende Früchte, weil sie noch nicht bezogen sind: allein die bürgerlichen Früchte gelten nicht erst von der Erhebung an, sondern schon mit jedem Tag für abgesondert, Erl. I. S. 475., sie wachsen mithin dem an jedem Tag an, der an solchem der Eigenthümer ist. Schon aus diesem allgemeinen Grund kann der Vermächtnißnehmer auf jene Zinsen, die während dem Leben des Erblassers in Ausstand erwachsen sind, keinen Anspruch machen, wenn sie ihm nicht ausdrücklich mit vermacht sind, ja selbst jene, die nach dem Tod verfallen, und mithin kraft EigenthumsRechts ihm anwachsen sollen, kann er wegen der obgedachten besondern Pflicht eines voranzuschickenden Auslieferungsbegehrens von einer diesem Begehren vorausentwichenen Zeit nicht fordern, ohne eine ausdrückliche Zuweisung des Erblassers, Sz. 1015. Ein dritter Hauptunterschied ist endlich c.) in der Entziehung; ein Geldvermächtniß kann dem Erblasser durch nichts entzogen werden, als durch eine Gegenverfügung oder durch eine Vernichtung dieses Theils des lezten Willens, ein Kapitalvermächtniß aber kann ihm auch durch Veräußerung entzogen werden, eben weil es eine Stücksache ist, Sz. 1034. Diese Erlöschungsart bedarf jedoch in der Anwendung besonderer Vorsichten. Die Handlungen welche als Veräusserung angesehen werden können, sind dreyfach, entweder α) eine Uebertragung desselben auf Andere, (welches streng genommen allein eine Veräußerung ist), β) ein Einzug

desselben, da nemlich auf Forderung des Erblassers als Gläubigers solches vom Schuldner erhoben wird; endlich γ) ein Eingang desselben, da der Schuldner aus eigenem Antrieb es heimzahlt, (welche beede Fälle, ob sie wohl im gemeinen Leben auch unter dem Ausdruck der Veräußerung mitbegriffen werden, doch rechtlich betrachtet dahin nicht zu zählen, sondern als ein Untergang der Sache, nemlich des Kapitals, zu behandeln sind,) zu α) durch die Uebertragung erlöscht ungezweifelt das Vermächtniß, weil hier nichts der Anwendung des Sz. 1038. im Wege steht. Zu β) dem Einzug gilt das Nemliche, als Veräußerung betrachtet wegen des Sz. 1038., oder als Untergang der Sache angesehen wegen Sz. 1302. Hingegen zu γ) bey dem Eingang des Kapitals treffen größere Schwierigkeiten ein. Auf der einen Seite behauptet zwar ein Vermächtnißnehmer mit Grund, daß diese Einnahme für den Gläubiger eine Nothwendigkeit und keine freye Entschließung sey, also keiner der Gründe des Sz. 1038. dabey anschlagen, vergl. Erl. II. S. 444., ja daß selbst der Ausdruck desselben nicht anschlage, da diese Annahme, die das Kapital erlöschen macht, im Rechtssinn, wie gedacht, nicht als eine Veräußerung behandelt werden kann, weil diese ein fortwährendes Daseyn nur in einer andern Eigenthumshand voraus sezt, und da sie wenigstens niemals eine vom Erblasser unternommene ist, wie es doch nöthig wäre um WiderrufsEntschließung desselben daraus zu folgern. Auf der andern Seite kann man nicht läugnen, daß dieser Eingang ein Untergang des Kapitals sey, und ein jeder solcher wirkt Erlöschung der Verbindlichkeit, die auf ihn bezogen ist. Dennoch kann man

es unmöglich als Absicht des Gesezgebers oder des Erblassers ansehen, daß hierdurch der Vermächtnißnehmer verkürzt, und der Erbe bereichert werden solle, den in Bezug auf diesen Betrag durch das Vermächtniß der Erblasser dem Erben in seiner Gunst vorgezogen hat. Hier dient uns die Aufmerksamkeit auf einige Worte des Sz. 1302. aus dem Jergarten zum Leitfaden. Es heißt darinn für untergegangene Sachen, welche so verloren sind, daß man nicht weiß, wo sie sind, erlösche die Verbindlichkeit, und es heißt im Sz. 1303. sobald noch etwas übrig bleibt was als stellvertretende Entschädigung für ihren Untergang dient, so müsse die Ersazklage dafür dem Berechtigten zu Theil werden. Wenden wir dieses, wovon auch Saz 1934. eine Anwendung gemacht hat, auf den vorliegenden Fall an, so sehen wir, nur das Gedankending der Kapitalforderung ist untergegangen, aber das Sinnenwesen, in welchen jene Vorstellung verwirklicht war, nemlich die betreffende Geldsumme, diese ist nicht untergegangen, sondern man weiß recht wohl, wo sie ist, nemlich in dem Vermögen des Erblassers. Da nun die Absicht des Erblassers bey dem Vermächtniß nicht dahin gehen konnte, daß er dem Vermächtnißnehmer die leere Gedankenform vermachen wollte, sondern er sicherlich den Gegenstand meynte, in dem sie als etwas wirkliches vorhanden ist, so hat man darinn einen vollwichtigen Grund zu behaupten, daß die Entscheidung in L. 11. §. 13. de Leg. III., wornach ein freywilliges Darbringen des Kapitals ab Seiten des Schuldners ein Kapitalvermächtniß nicht aufhebt, auch jezt noch anwendbar sey, und daß um bey Vermächtnissen einen Untergang anzunehmen, der solche aufhebe, derselbe entweder

Digitized by Google

die Wirklichkeit des Sinnengegenstandes getroffen haben müsse, oder der bloße Untergang der Daseynsform aus einer freywillig unternommenen Handlung des Erblassers entsprungen seyn, mithin die Möglichkeit einer Absicht, das Vermächtniß zu vernichten, in sich tragen müsse. Ich sage: die Möglichkeit, denn ob zwar nach römischen Recht man auf die Wirklichkeit sah, und daher Beweise für und wider (zu großem Nuzen der Sachwalter) zuließ, Wernher IX. Obs 109., Lauterbach Coll. Th. P. L. 34. P. 4. §. 7 et 12., so schneidet doch sehr weislich unser Gesez diese ab, und nimmt die Thatsache der freywilligen Daseynszerstörung ohne weiters gesezlich gebietend für Widerruf, Erl. II. S. 444. Uebrigens mehr, als eingegangen mithin stellvertretend vorhanden ist, kann der Vermächtnißnehmer niemals fordern, wenn gleich der Nennwerth des Kapitals größer war, Wernher IX. Obs. 308.

67.

Früchte vermehrter Grundstücke.

Nach römischen Recht sah man für entschieden an, daß von einem vermachten Grundstück, das zur Todeszeit des Erblassers hängende Früchte hatte, diese mit dem Grundstück auf den Vermächtnißnehmer übergehen, Hartmann Pistorius I. Quaest. 24. Carpzov III. Const. 13. Def. 1. In der Anwendung des Napoleonischen Rechts wollte dieses bestritten werden, weil dieses in der Regel nur vom Auslieferungs Begehren, Sz. 1014. an, und auch da, wo die Ausnahme eintritt, nur von dem Sterbtag an,

Digitized by Google

die Früchte gewähret, Sz. 1015., welches dahin ausgelegt werden wollte, daß die Früchte nach der Jahrslänge berechnet, und was auf die Zeit nach dem Sterbtag fällt, dem Vermächtnißnehmer gegeben werden müsse. Allein obwohl soviel gewiß ist, daß in der Regel nicht der Todestag, sondern der Tag des gehörig angebrachten Auslieferungs-Begehrens den Früchten-Erwerb bestimmt, so wird jedoch dieser durch ihn nicht anders gemacht als so, wie er in den Ausnahms-Fällen durch den Sterbtag zu Stand kommt. Diese leztere Erwerbart ist aber keine Theilung nach Zeitverhältnissen, denn wo das Gesez diese beabsichtet, drückt es sich ganz anders aus, und bestimmt zugleich den Anfangstag der Jahrs-Rechnung, ohne dessen Kenntniß durch den Sterbtag gar keine Theilung möglich wäre, Sz. 1571. Wo diese Bestimmung nicht geschehen ist, bleibt es bey der Regel, daß hängende Früchte dem Eigenthum des Grundstücks folgen, Sz. 547 und 585., und es hat daher der Vermächtnißnehmer ein Recht auf die Früchte, welche am Sterbetag oder am Auslieferungstag hängen, je nachdem sein Genußrecht den Einen oder den Andern zum Anfangsziel hat, welches Recht ihm auch bleiben muß, wenn sie gleich inzwischen vor der Auslieferung vom Erben abgenommen worden wären, weil das Eigenthum kraft Gesezes übergeht, Sz. 1014., der Erbe also welcher verbindlich geworden ist, sie zu geben, inzwischen darauf alle Pflichten eines Aufbewahrers hat, Sz. 1136. vergl. mit 1100 de. Dafür spricht auch der Saz 1018. der die Uebergabe in dem Stand, der am Sterbtag war, befiehlt, zu welchem die damals hängenden Früchte unläugbar gehören, so lang sie nicht ein andrer Saz ausnimmt.

68. Früch-

68.

Früchte betagter Vermächtnisse.

X. hatte ein Vermächtniß erhalten, ein Jahr nach dem Tode zahlbar: statt fürsichtig die Auslieferung voraus auf die bestimmte Zeit zu fordern, gedachte er es bis zur Zahlungszeit anstehen zu lassen, dort kam es ihm aus dem Andenken, und er verlangt es erst ein Jahr später. Nun stritt man sich um den Anfang des ZinsZieles. Da der Erblasser für dessen Vermächtniß einen Zahlungstag bestimmt hatte, so schien dadurch hier eine Ausnahme von der lezten Hälfte des Sazes 1014. begründet zu werden. Nachdem jedoch a.) Zinsen als Früchte nur dann gefordert werden können, wenn irgend ein Gesez mittel- oder unmittelbar die Verbindlichkeit zu ihrer Zahlung ausspricht, hier aber gesezliche Zinsen im Sz. 1014. abgesprochen sind und Vertrags-Zinsen aus der Bestimmung des Erblassers mit Zuhülfenahme des Sz. 1100 de. nur alsdann folgen würden, wenn er die Verzinslichkeit ausgesprochen hätte, das hier nicht geschehen war; nachdem sodann b.) die verlangte Zinsen zu VerzugsZinsen aus einer bloßen Tagsbestimmung für die Zahlung, nicht vereigenschaftet wurden, weil nicht dabey stand, es solle durch Erscheinung des Tags allein der Erbe im Verzug seyn, ohne welches überhaupt Sz. 1139., und besonders für Vermächtnisse Sz. 1015. kein Verzug entsteht; nachdem endlich c.) das Gesez die Ausnahmen, in denen es eine der Anforderungszeit vorausgehende Zinszahlung zulassen wolle, bestimmt aufgezählt hat, Sz. 1015., und darunter den Fall nicht benennt, wo der Erblasser einen

Digitized by Google

Zahlungstag bestimmt hat, so mangelte es an aller Berechtigung von der Allgemeinheit der Regel abzuweichen, welche die Zinszahlung von der Anforderung abhängen läßt. Auch ist d.) die erste Ausnahme die der Sz. 1015. zuläßt, nicht wie behauptet werden wollte, für unsern Fall rechtsähnlich. Freylich wenn sie sagen würde, so oft der Erblasser geordnet hätte, die Zahlung solle auf seinen Todestag geschehen, so müßten die Zinsen auch ohne Anforderung von da an laufen, so würde man daraus als rechtsähnlich herleiten können, da wo die Zahlung, wie hier, auf irgend einen andern Tag bestimmt wäre, müsse die Zahlung von diesem Tag an laufen. Allein so spricht das Gesez nicht: ihm zufolge sollen die Zinsen vom Todestag an laufen, wenn der Erblasser dieses — nemlich den Zinslauf vom Sterbtag an — ausdrücklich verordnet hat; in Anwendung auf eine andre bestimmte Zeit sagt also dieses, daß von ihr an die Zinsen nur alsdann laufen, wenn dieses dabey ausdrücklich bestimmt ist, also nicht durch die bloße Tagsbestimmung allein, wie es denn auch dem Geist unseres Gesezbuchs ganz gemäß ist die bloße Bestimmung des Verfallziels einer Verbindlichkeit nicht für Verzugwirkend und Zinsbegründend anzusehen, Sz. 1139. und 1153.

69.

Geldwerth bey Vermächtnissen.

Für Anlehen und Umsazverträge fordert das Gesez keine Gleichheit des Gehalts der Zahlung zum Gehalt der ursprünglichen Verbindlichkeit, sondern begnügt sich mit der

Gleichheit des Nennwerths, unerachtet dieser oft geringer wird; daher sollte man denken, es sey nicht möglich zu zweifeln, ob man diesen Saz auch auf Schenkungen und Vermächtnisse anzuwenden habe; denn da, wo derjenige, der einen Gegenwerth gegeben hat, durch Annahme eines verringerten Münzwerths sein Steueropfer dem Staat bringen muß, obwohl er nur um Verhütung Schadens streitet, kann wohl derjenige desfalls sich nicht beschweren, dem nur dadurch eine Gewinnsminderung zugeht. Inzwischen hat die Selbstsucht, die so leicht den Blick der Partheien bey ihren RechtsAnsichten trübt, doch auch hier Gründe entdecken wollen, warum das desfallsige Gesez im Sz. 1895. auf jene Rechtsgeschäfte nicht anzuwenden sey. Man hat angeführt a.) gewinnende Rechtsgeschäfte seyen von den erwerbenden ihrer Natur nach so verschieden, daß von der einen Gattung auf die andere keine Rechtsähnlichkeit gezogen werden könne; b.) ein Erblasser seze, wenn er ein Vermächtniß macht, bey sich stillschweigend ein bestimmtes Verhältniß desselben zu seinem Vermögen voraus, und müsse also wollen, daß der sovielste Theil dem Erben durch ein Vermächtniß entgehen solle, als den wievielsten er jene Summe damals angesehen habe; ein Grund auf den ehemals viel Werth gelegt wurde, Carpzov II. Const. 28. Def. 8.; eine Zahlung in einem veränderten Gehalt bey gleichem Nennwerth entziehe hingegen dem Erben mehr oder weniger als denjenigen Theil, welchen der Erblasser bey Aussprechung seiner Summen im Auge gehabt habe. Hiernächst c.) habe der Erblasser damals die spätere Münzveränderung nicht voraussehen, mithin auch diese dabey nicht zu Sinn nehmen können, sondern es müsse sein Ausspruch auf den damahligen

Digitized by Google

vollen Werth des üblichen Gelds bezogen, mithin entweder in den damals üblichen Sorten oder in solchen die zur Zahlungszeit gleich viel ausmachen, erfüllt werden, wie auch Puffendorf P. IV. Obs. 115. und Hommel Rhaps. Obs. 574. ohnehin in ähnlichem Fall geurtheilt hätten. Es ist jedoch z u a.) der Unterschied zwischen gewinnenden und erwerbenden Rechtsgeschäften ganz beziehungslos auf die ZahlungsEigenschaften, da er bloß seinen Einwirkungskreis in der Entstehungs- und Auslegungsart dieser einseitigen WillensGeschäfte hat, und wenn hiernächst z u b.) zugegeben würde, ein Erblasser mache allemahl bey Sezung eines Vermächtnisses einen Ueberschlag über dessen Verhältniß zum ganzen Vermögen — gegen welche Unterstellung doch noch viel zu erinnern seyn dürfte — so kann man darum nicht annehmen, daß dieses Verhältniß bestimmender Grund (causa finalis) seines Willens werde: wenn er dieses bezielt hätte, so würde er seine Vermächtnisse als Erbtheilvermächtnisse (z. B. $\frac{1}{10}$, $\frac{1}{7}$ der Verlassenschaft) haben aussprechen müssen; dann und nur dann könnte er sicher werden, daß die Zahlung seiner Zeit das Verhältniß seines Ueberschlags haben müsse. Hingegen weiß er wohl und muß wissen, daß seine Schenkung erst für die Zeit, wo er nicht mehr lebt, wirksam wird, Sz. 895., und daß bis dahin sein Vermögen in Umfang und Werth manchen Veränderungen unterworfen seyn kann, wodurch jenes Verhältniß sich ändert, da nun derjenige der einen Zweck will, die Mittel dazu ergreifen muß, und daher hinwiederum aus der Natur der ergriffenen Mittel der Zweck zu beurtheilen ist, (welches aus den Säzen 1156 bis 1161. hervorgeht, deren Geist sich in obiger Regel ausspricht), so kann man vernünftiger Weise nicht sagen,

Digitized by Google

es liege ein bestimmtes Verhältniß des Vermächtnisses zum Ganzen, in dem verfügenden Theil eines Stückvermächtnisses, mithin ist auch eine Aenderung in diesem Verhältniß kein Grund, die Zahlung desselben in einem Fall, wie der unsrige, von den gemeinen Zahlungsregeln zu entbinden. Mag dabey zu c.) die wirklich eingetretene Veränderung im Werth der ausgesprochenen Summen immerhin etwas nicht vorzusehendes gewesen seyn, (die jedoch im Ganzen aus der Geschichte aller Zeiten wohl vorausgeahndet, nur nicht auf bestimmte Zeit vorausgesagt werden konnte), so ist es genug, daß überhaupt eine Veränderlichkeit des Verhältnisses des Stückvermächtnisses zu der ganzen Erbschaft in der Natur der Sache lag, und deshalb im Allgemeinen vorgesehen werden konnte, der Erblasser aber dennoch eine solche Vermächtnißart einem Erbtheilvermächtniß vorgezogen hat. Darinn liegt Beweis genug, daß mögliche künftige Veränderungen stillschweigend von ihm mit gewollt wurden. Kann also hier aus den Absichten des Erblassers nichts besonders geschlossen werden, so muß d.) es bey der Regel bleiben, welche der Sz. 1018. ausspricht, wornach die vermachte Sache in dem Stand und mit den Zugehörden zu übergeben ist, welche sie an dem Sterbtag des Geschenkgebers hatte; daraus folgt daß auf diesen, und nicht auf den Zeitpunkt der Verfassung eines lezten Willens, das Absehen des Erblassers gesezmäßig zu beziehen sey, und dieses gibt weiter zur Folge, daß selbst wenn man auf den Gehaltswerth sehen will, kein Anderer in die Verfügungen eines lezten Willen zu legen sey, als derjenige, der zur Zeit des Erbanfalls der landübliche ist. In so weit nun ein Vermächtniß auf den Todestag zu zahlen

Digitized by Google

ist und gezahlt wird, in so weit ist es einerley, ob man sagt es sey bey Vermächtnissen auf den Nennwerth zur Zahlungszeit, oder auf den Gehaltswerth zur Zeit der entstehenden Verbindlichkeit zu sehen. Allein e.) oft ist ein solches Vermächtniß betagt, oft treten Hindernisse ein, welche der Zahlung mit Recht Aufschub geben, z. B. wenn ein Vermächtnißnehmer sein Auslieferungsbegehren an den Erben verzieht, und wenn nachmals hier zwischen die Zahlungszeit und die Entstehungszeit Münzveränderungen eintreten; alsdann hören beede Säze auf gleichgeltend zu seyn, und es ist immer die Zahlung auf den Nennwerth diejenige, auf welche gesezlich zu sehen ist, sobald ein bloßes Geldvermächtniß, und nicht ein Vermächtniß von Geldstücken, z. B. 200 Dukaten, in Frage ist.

70.

Vermächtnisse der Sachen des Erben.

In dem römischen Recht waren die Vermächtnisse solcher Sachen erlaubt, welche Dritten angehören, §. 4. J. de Leg. L. 67. §. 8. de Leg. II. L. 10. C. de Legatis, noch vielmehr jene aus Sachen der berufenen Erben, Leyser CCCLXXX. Med. 1.; selbst alsdann wann die Erbschaft weniger betrug als die vermachte Sache werth war, und der Erbe die Erbschaft einmahl ohne Rechtsvorsicht angetreten hatte, mußte er sie dennoch entrichten, Leyser l. c. M. 6. Im Code Napoleon ist das Vermächtniß fremder Sachen für ungültig erklärt, Sz. 1021. Ob nun wohl das Wort fremde Sachen buchstäblich auch auf Sachen des

Digitized by Google

Erben geht; so wollte doch gezweifelt werden, ob diese auch unter jene NichtigErklärung einzubegreifen seyen, weil a.) die Sachen des Erben, wenn sie schon zur Zeit der Verordnung fremd seyen, es doch in dem Augenblick zu seyn aufhörten, wo der Erbe die Erbschaft antrete, wodurch der Grund des Gesezes wegfalle, der in der Unschicklichkeit bestehe, über fremdes Eigenthum zu verfügen, Erl. II. S. 431.; b.) weil der Erblasser seiner Schenkung jede Auflage machen könne, die ihm gefällig sey, und diese der Erbe erfüllen müsse, wenn er die Erbschaft nicht verlieren wolle, Sz. 953., endlich c.) weil der Erbe durch Antretung der Erbschaft mit den Vermächtnißnehmern als Gläubiger der Erbschaft einen Halbvertrag auf gesezmäßige Befriedigung ihrer Forderungen eingehe. Allein zu a.) die Ursache des Verbots fremde Sachen zu vermachen, liegt nicht bloß in der gerügten Unschicklichkeit, sondern eben so stark und mehr noch in dem gesezlichen Uebergang des Eigenthums, der mit dem Todestag des Erblassers bey Erbstückvermächtnissen eintreten soll, Sz. 1014.; an diesem Tag ist aber die Sache des Erben dem Erblasser noch eben so fremd, wie jede Andere, folglich kann zu solcher Zeit noch kein EigenthumsUebergang statt finden: zu b.) eine Auflage ist nur eine Handlung des Erben oder Vermächtnißnehmers, die für den Zweck oder die Bedingung der Berufung zum Erbe oder zum Vermächtniß erklärt ist; nicht jede Handlung die dieser wegen der angenommenen Schenkung zu thun schuldig wird, hat diese Eigenschaft, mithin auch nicht jede Zahlung aus der Verlassenschaft, sonst wäre zwischen Auflagen auf den Erben und zwischen Vermächtnissen kein Unterschied, und es wäre unnöthig gewesen, über leztere so viele eigene Verfügungen

Digitized by Google

zu machen, wenn sie das Gesez aus jenem Gesichtspunkt der Auflagen hätte beurtheilt wissen wollen: auch hätte es alsdann das Verbot des Vermächtnisses fremder Sachen gar nicht geben können, weil die Auflage fremde Sachen zu erwerben und einem Andern zu geben nach Sz. 1120. für etwas erlaubtes anzusehen ist; endlich zu c.) der Halbvertrag der in der Erbantretung liegt, kommt nach deutlichem Inhalt des Gesezes nur jenen Vermächtnißnehmern zu gut, die Erbschaftsgläubiger sind, das heißt deren Vermächtniß ein gültiger Rechtstitel ist, und die eine Befriedigung gesezmäßig zu suchen in dem Fall sind, so lang also nicht anderwärtsher erweislich ist, daß Vermächtnisse der Sachen des Erben von der Ungültigkeit der Vermächtnisse fremder Sachen ausgenommen seyen — was sie wirklich nirgends sind — so legt ihnen jener Halbvertrag keine Gültigkeit zu. Indem man diesemnach das Vermächtniß der Sache eines Erben für ungültig achten muß, so lernt man jedoch auch aus obiger Herleitung dieser Wahrheit, daß ein Erblasser es gültig zu machen, das Mittel dadurch in der Hand habe, daß er dessen Erfüllung für Zweck oder Bedingung der Berufung zum Erbe macht. Die Wirkung dieser Auflage ist aber von jenem eines Vermächtnisses dadurch unterschieden, daß derjenige welcher eine Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen hat, auch auf das Vermächtniß unbedingt belangt werden kann, dagegen er wegen der Auflage nur auf Leistung oder Entschlagung der Verlassenschaft verklagt werden kann, und leztere auch nach der Annahme noch mit Wirkung statt findet, Erl. II. S. 381., wodurch nachmals die Auflage durch Untergang der Sache, welcher sie obliegt, zerfällt.

Digitized by Google

71.

Unbestimmte Rentenvermächtnisse.

Wenn in einem lezten Willen jemanden ein Jahrgehalt oder eine jährliche Rente angewiesen ist, und nun Frage entsteht, ob eine Erbrente oder eine Leibrente gemeynt sey, so soll, wo nicht aus dem lezten Willen eine andere Absicht hervorgeht, die Auslegung auf eine Leibrente gemacht werden, sagt Barbosa Th. L. C. V. Legatum Ax. 10. Dieses ist noch anzuwenden, zwar nicht wegen dem dort angegebenen Grund, als ob jedes Jahrsvermächtniß im Zweifel für bestimmt zum Unterhalt anzusehen sey, denn diese Behauptung möchte mit dem bey der Erwähnung vermachter Jahrsgehalte gemachten bedingten Beysaz: „wenn sie zum Lebensunterhalt vermacht wurden," Sz. 1015., nicht sehr vereinbarlich seyn, welcher voraussezt, daß sie ihrer Natur nach für sich allein als solche nicht angesehen werden sollen, aber deswegen weil bey Vermächtnissen jede zweifelhafte Bestimmbarkeit nach dem Vortheil des Erben bestimmt werden soll, Saz 1100 dd.

72.

Ausgleichende BrautschazVermächtnisse.

Nach Justinianeischem Recht ward angenommen, daß Brautschazvermächtnisse von Dritten auf die Bedingung der Verheyrathung gestellt seyen, hingegen jene der Eltern, im Zweifel, nicht, und daß alle jene nicht für bedingt auszule-

Digitized by Google

gen seyen, wo aus den Umständen abzunehmen sey, daß sie mehr zu Begründung des Wohlstands des Andern, als zu Tragung ehelicher Lasten gegeben seyen, Cannengieser XI. Dec. 305., mit welchen Ausnahmen diese Vermächtnisse öfters ein Spielball der Willkühr wurden. Das Napoleonische Recht sagt: Für Brautschaz ist zu halten jede Gabe zu Bestreitung der Lasten der Ehe, Sz. 1540. Brautschaz ist dabey nach eben diesem Recht nie eine bürgerliche Pflicht, Sz. 204. Erl. I. S. 353.; also jederzeit eine freywillige und unentgeldliche Ueberlassung eines Vermögensstücks, das ist eine Schenkung. Diesemnach ist unwiderleglich wahr, daß jeder Brautschaz eine Schenkung zu Gunsten einer Ehe sey, und das selbst alsdann, wann er als Vermächtniß durch lezten Willen gegeben wird, weil das Napoleonische Recht auch die Vermächtnisse unter Schenkungen zählt, und dieses gewinnende Rechtsgeschäft deswegen in Schenkungen unter Lebenden oder durch lezten Willen eintheilt, Sz. 902. Nun sagt allgemein der Sz. 1088.: „Jede zu „Gunsten einer Ehe gemachte Schenkung ist verfallen, wenn „die Ehe nicht erfolgt." Bey der Allgemeinheit dieser Verordnung hat man nach Sz. 6 b. kein Recht, die von Eltern gegebene Schenkungen, oder diejenige, wobey man glaubt eine Absicht des Erblassers muthmaßen zu können, daß es ihm nicht gerade um die Heyrath dabey zu thun gewesen sey, davon auszunehmen, sondern um eine Ausnahme zu begründen, würde ein ändernder Entschluß des Erblassers in dem lezten Willen bestimmt ausgedrückt seyn müssen, vergl. Sz. 1100db. und 1156a. Das Vermächtniß des Brautschazes welches die Eltern an ein Kind geben, hat in der Regel keinen andern Nuzen als die Vormundschaft zu er-

Digitized by Google

mächtigen, wie viel sie ihm, im Verheyrathungsfall zur Ehesteuer ausszezen solle, da der Brautschaz eingeworfen werden muß, Sz. 851, 1573., mithin solcher das Vermögen des Kinds an sich nicht vergrößert: nur wenn er ausdrücklich als ein Voraus oder mit Entbindung von der Einwerfung gegeben ist, gibt er dem Kind einen VermögensZuwachs, Sz. 843. Im erstern Fall ist es daher auch ganz gleichgültig, ob man das BrautschazVermächtniß der Eltern für bedingt auf die Heyrath ansieht oder nicht; denn in jedem Fall mehrt und mindert sich des Kindes Erbtheil nicht, bey fehlgeschlagener Bedingung entgeht der Betrag der Masse seines Erbtheils nicht, und bey eingetretener wächst er ihr durch Einwerfung wieder zu. Im zweyten Fall, wo der Brautschaz bestimmt als Voraus gegeben ist, macht es freylich einen Unterschied, ob man die Heyrath für eine Bedingung oder nur für eine Bezeichnung (demonstratio) ansieht, weil unter lezterer Ansicht das Vermächtniß des Vorauses, es mag eine Heyrath folgen oder nicht, dennoch immer, unter ersterer aber nur im Verehlichungsfall anfällt: aber gerade hier liegt denn auch in der Natur der Sache kein Grund der elterlichen Willen eher für eine Bezeichnung anzusehen und darum von dem klaren Willen des Sz. 1088. abzuweichen, weil sonst keine Ursache vorhanden wäre, warum der Voraus noch mit der Benennung Brautschaz bezeichnet worden wäre, und weil eine Abweichung von der Gleichheit immer einschränkend ausgelegt werden muß. Jedoch alsdann wann der Erblasser gesagt hätte, er vermache diesem Kind so und so viel zum Brautschaz zur Ausgleichung mit andern zuvor verheyratheten Kindern, voraus, würde dieses eine deutliche Erklä-

Digitized by Google

rung seyn, nicht nur daß die früher verheyratheten ihren Ehesteuerempfang nicht einwerfen sollen, weil sonst kein Vorraus zur Gleichstellung nöthig gewesen wäre, sondern auch daß der Brautschaz unbedingt vermacht sey, weil sonst so lang als das Kind sich nicht verehlichte, die bezweckte Gleichstellung ermangeln würde.

73.

Treuhänder Amt in Bezug auf Erben.

Die alte Lehre, daß nur die Vermächtnißnehmer und nicht die Erben durch das Amt der Treuhänder in den Besiz der ihnen zugedachten VerlassenschaftsGegenstände eintreten, Wurmser XXXIX. Obs. 7. ist dem Napoleonischen Recht auch angehörig, und das noch mit vollerem Recht als dem römischen, weil jezt der Besiz kraft Gesezes auf jeden Erben übergeht, Sz. 724. Inzwischen entstehen doch dagegen aus jenem Recht erhebliche Zweifel, Sz. 1031.: denn a.) es gebietet den Treuhändern Erbverzeichnisse zu errichten, die doch eine Pflicht des Erben sind, und einen Besiz der Erbschaft vorauszusezen scheinen, auch b.) befiehlt es ihnen eine vorgängige Siegelanlegung für den Fall, wenn unter den Erben Minderjährige Mundlose oder Abwesende sind, endlich c.) legt es ihnen die Sorge für Vollziehung des lezten Willens in allen Theilen auf, wohin auch die Einsezung der Erben in die Verlassenschaft zu gehören scheint. Allein zu a.) Erbverzeichnisse müssen vorhanden seyn, wo Schulden und Vermächtnisse durch Beywirkung eines Dritten bezahlt werden sollen, der niemals schuldig ist sein eigen Vermögen ein-

Digitized by Google

zuwerfen, weil nur durch sie die Zulänglichkeit der Verlassenschaft für ihre Lasten an den Tag kommen kann; zu b.) beweist die geordnete SiegelAnlage wohl, daß der Treuhänder auch fürsorgliche Pflichten für den Erben habe, aber noch keineswegs, daß dieser von ihm in den Besiz zu sezen sey, indem nach Sz. 769. Siegelanlagen und Erbverzeichnung nur vorbereitende Handlungen zum Eintritt in Besiz und Gewähr sind, noch keineswegs aber ihn voraussezen, Erl. II. S. 202. Endlich zu c.) ist eine Erbeinsezung entweder neben einem PflichtErbrecht geschehen, und alsdann wirkt sie gar nicht als solche, sondern nur als Erbtheilvermächtniß, Erl. II. S. 418., oder ohne ein solches, dann gilt sie für Berufung kraft Gesezes, Sz. 1006., d. h. der eingesezte Erbe wird nicht kraft lezten Willens Besizer, sondern kraft Gesezes geht auf ihn der Besiz über, wie auf einen gesezlichen Erben, dessen Uebergabe kann also nicht zu denjenigen gehören, was kraft lezten Willens zu thun dem Treuhänder übrig bleibt. Dagegen beweist vielmehr der Umstand daß Besiz und Gewähr auf den Treuhänder nur in der Fahrniß übergehen kann, und auch da der Erbe nach Belieben ihm ein Ende machen kann, Sz. 1026., daß dieser von jenem in Ansehung des Besizes nicht abhange, sondern umgekehrt jener von diesem.

Digitized by Google

74.

AfterErbschaften auf übrigbleibendes Vermögen.

AfterErbschaften sind nach dem Napoleonischen Recht in der Regel verboten, Sz. 896., und nur zum besten der Enkel oder GeschwisterKinder ausnahmsweise erlaubt, Sz. 1048. Darüber ist nichts gesagt, was dort Rechtens sey, wo in diesem erlaubten Fall eine AfterErbschaft nur auf dasjenige gegeben ist, was der LastErbe nach seinem Tod übrig haben werde. In Rom gieng die Sache leicht auseinander, weil das Gesez über die Trebellianische Quart, dem LastErben immer ein Viertheil der Erbschaft frey gab, das er an den AfterErben hinauszugeben nicht nöthig hatte. Hieraus folgerte man sehr natürlich, daß so lang der LastErbe durch seine VermögensVerfügungen dieses Viertheil nicht überschritt, auch sonst nicht gefährdend handelte, seine Veräusserungen gültig seyen, Puffendorf P. II. Obs. 87. Cannengieser I. Dec. 22. Aber unser Rechtsbuch weiß von einem Freytheil des Vermögens für den LastErben nichts, und somit läßt sich auch von jener römischen Entscheidung nichts auf die jezige Zeit anwenden; selbst da nicht, wo dem Justinianeischen Recht Hülfskraft gegönnt ist. Man muß demnach in einem solchen Fall bloß aus der Natur einer solchen Verordnung ausgehen, Sz. 4a., und diese bringt mit sich, einmahl daß der LastErbe nichts in der Absicht veräußern dürfe, um den AfterErben zu verkürzen, weil jede Gefährde verboten ist, Sz. 1167., zum andern daß derselbe keine Verfügungen von Todeswegen über das Vermögen machen könne, weil diese, indem sie erst nach

Digitized by Google

dem Tod wirksam werden, immer nur das Uebriggebliebene also das AfterErbe treffen würden. Stärkere Einschränkungen lassen sich in einem solchen Fall dem LastErben nicht aufdringen.

75.

Verfall der Ehesteuer durch Unterbleiben der Ehe.

Den sehr natürlichen Saz, daß das Versprechen einer Ehesteuer unwirksam werde, wenn keine Heyrath erfolgt, L. 21 ff. de jure dot., wiederhohlt auch der Code Napoleon Sz. 1088. Die Rechtslehre machte hiervon drey Ausnahmen, a.) wenn der Brautschaz vom Vater versprochen ist, wo er alsdann als Pflichttheil anzusehen sey, Barbosa Th. L. C. V. Dos. Ax. 14.; b.) wenn er vom Vater vermacht ist, wo das Nemliche angenommen und weiter dafür geachtet wird, die HeyrathsBeförderung sey mehr für Willensgrund (causa impulsiva) als für Willenszweck (causa finalis) und deswegen nicht als Bedingung anzusehen, Hommel Rhaps. Obs. 314.; c.) wenn von dem versprochenen Brautschaz schon voraus der Frauensperson die Zinsen gezahlt worden, welches für ein Zeichen gelten soll, daß er als Ernährungsmittel der Frau betrachtet worden, Barbosa l. c. Ax. 3., und ihr also unbedingt gegönnt sey, Hommel Obs. 374. 510. Diese aus bloßen Rechtsmeynungen entstandene Ausnahmen könnnen jezt in dieser Eigenschaft nichts mehr gelten, Sz. 6 b. Sie haben auch keinen, wenigstens keinen in die jezige Rechtsverfassung übertrag-

Digitized by Google

baren Grund. Die große Vorgunst, welche der Brauschaz in Roms Rechtsgebiet hatte, fällt bey uns weg, nur Gründe welche für jedes andere Rechtswesen auch schließend wären, können dabey zugelassen werden. Nun hat zu a.) der Grund vom Pflichttheil jezt eine ganz veränderte Gestalt. In Rom war er ein Theil des gesezlichen Erbtheils, der nicht mehr aus dem Gesez sondern aus der Erbsezung bezogen wurde, wem der Brautschaz durch Erbsezung zugewendet war, der war damit von der übrigen Verlassenschaft stillschweigend ausgeschlossen. Da nun jeder Pflichttheil unbedingt gegeben seyn mußte, und daher jede ihn belastende Bedingung für nicht geschrieben galt, so war es nothwendig, daß auch die HeyrathsBedingung bey einer Einsezung im Brautschaz für nicht geschrieben geachtet wurde. Jezt wird der Pflichttheil niemals aus Erbsezung, sondern stets allein aus gesezlichem Erbrecht bezogen, auch der Grundsaz daß eine Verlassenschaft nicht zum Theil kraft lezten Willens, zum Theil kraft Gesezes (testato et intestato) vererbt werden könne, ist weggefallen. Wer ein Vermächtniß bekommt, hat es aus dem Freytheil der Verlassenschaft zu beziehen, und es ändert nichts an seinem gesezlichen Erbrecht im Pflichttheil, mithin kann auch jener Grund daß dieser unbedingt seyn müsse, weiter nicht angewendet werden, es müßte denn der Brautschaz auf eine Art gegeben seyn, wobey der Willen der Einrechnung in den Pflichttheil klar wäre, der freylich noch jezt nicht belastet werden kann, Sz. 1049. Der Unterschied zu b.) daß bey Eltern das Eintreten der Heyrath nur für Willensgrund nicht für Willenszweck anzusehen sey, ist als unstatthaft schon vorhin gezeigt worden, (St. 72.) Jezt bleibt es in Ansehung des Brautschazes

allein

allein bey der Regel: Die Tochter welcher der Vater einen Brautschaz *versprochen* hat, kann, so lang er lebt, nichts an ihn fordern, wenn sie nicht heyrathet; sie kann, wenn sie vor ihm im ledigen Stand stirbt, die nun weggefallene Brautschazforderung auf niemanden vererben; sie kann, wenn sie ihn überlebt nichts fordern, als ihr Erb- oder Pflichttheil, in welches sie den Brautschaz, wenn sie ihn empfangen hätte, würde haben einwerfen müssen, und welches folglich allein diejenige Kasse ist, welche ihr künftig solchen darstellen muß, wenn sie in den Fall kommt, einen Brautschaz zu bedürfen, dieses Erbe — und nicht einen hier niemals zum Daseyn gekommenen Brautschaz — vererbfällt sie nun auf ihre weiteren Erben, wenn sie stirbt, ehe sie es bezogen hat. Ein einziger Fall ist gedenkbar wo in einem solchen Fall noch das *Ehesteuerversprechen* in Frage kommen könnte, nemlich wenn das der Tochter vom Vater angefallene Vermögen in mütterlicher Nuznießung stünde; hier würde diese Ehesteuersezung wirken, daß solche als Schuld auf jenem nuznießlichen Vermögen haftete, und daß also, obwohl sonst die Mutter nicht schuldig wäre, ein Heyrathsguth zu bewilligen, oder etwas von nuznießlichem Vermögen vor der Heimfallzeit herauszugeben, sie doch hier dazu angehalten werden könnte. Aber auch diese Anhaltung würde nur in dem Fall einer eintretenden Heyrath geschehen können, außer diesem nicht, mithin keine Ausnahme vom Sz. 1088. herbeyführen. Endlich zu c.) ein Unterhaltsmittel für die Tochter ist ein Brautschaz vermög seines Begriffs niemals. Zwar wird er dem Ehemann zu Tragung der Lasten der Ehe bestimmt, Sz. 1540., unter welche die Ernährung der Frau mit gehört, Sz. 214.: aber ihre Er-

nährung gehört nicht allein darunter, sondern vornemlich auch die Ernährung und Erziehung der Kinder, Sz. 203.: man kann also niemals sagen, daß das Versprechen eines Heyrathsguts dem Versprechen eines Ernährungsmittels für die Frau, welcher es geschieht, gleichgelte. Ist der Versprechende ernährungspflichtig, so muß er freylich diese Pflicht erfüllen, und kann dazu den Vorgenuß der EhesteuerFrüchte anweisen, oder gar das ganze Eigenthum abgeben: aber immer ist alsdann dieser Vorgenuß oder Vorempfang nicht aus dem Rechtstitel der Ehesteuer geflossen, sondern aus einem zweiten hinzugekommenen Rechtstitel; auch dieser Fall stellt daher keine Ausnahme vom Sz. 1088. auf. Ist aber derjenige der Ehesteuer zusagt, keine ernährungspflichtige Person in Bezug auf das Frauenzimmer, dem die Zusage eines Brautschazes geschieht, so liegt vollends in einer solchen gesezmäßig bedingten Zusage nichts, was einen Richter berechtigte, sie für unbedingt zu nehmen. Hat der Zusagende inzwischen voraus einen Zinsgenuß der Frauensperson eingeräumt, so ist dieser entweder eine Zahlung zur Ungebühr, wenn er nemlich irrig geglaubt hätte sie sey geheyrathet, und er mithin seine Zahlung auf eine vermeynte aber nicht vorhandene Forderung gethan hätte, Sz. 1376., oder eine Freygebigkeit, wenn er weiß, daß sie noch ledig sey, daher keine Forderung habe, Sz. 1105. Nun ist aber kein Gesez vorhanden, nicht einmahl ein natürliches, daß jemand eine ein- oder mehrmahls ausgeübte Freygebigkeit stets fortsezen müsse, sondern sie bleibt eine freywillkührliche Sache, Sz. 2232 a.: Die Empfängerin der Zinse, wenn sie auch stillschweigend bey sich

solche als eine Schuldigkeit aus einem unbedingten Titel annehmen wollte, könnte damit sich den Titel ihres Besizes nicht ändern, Sz. 2240. Niemals dürfte also eine solche Zinszahlung dazu benuzt werden, um das gesezlich bedingte Versprechen eines Brautschazes für unbedingt anzunehmen, und das Eigenthum des Hauptstocks auch lediger Weise anzusprechen, oder auf Andere es zu vererben, wenn nicht eine deutliche Erklärung, daß der Brautschaz als unbedingte Schuld angesehen werde, von einer der andern Seite kund gethan, und von dieser alsdann mittelbar durch Reichung der Zinsen bewilligt, sofort dadurch mittelst eines stillschweigenden Gedings, Sz. 1108 b., die Natur der Ehesteuer abgeändert worden wäre, welches nachmals aber keine Ausnahme vom Gesez genannt werden könnte.

76.

Vermächtnisse durch Eheberedungen.

Es ereignet sich zuweilen, daß in Eheberedungen Eheleute sich nicht nur wechselseitig zu Erben einsezen, sondern auch dritten Personen Vermächtnisse geben. Einen solchen Fall erzählt Cannengieser II. Dec. 65, und zeigt die nach altem Recht dabey eintretende Entscheidungsschwierigkeiten. In unserem Recht ist die Sache ebenfalls nicht entschieden, doch minder schwierig zu erörtern, sobald man nur die zwey Gestalten unterscheidet, unter welchen der Fall sich zutragen kann. Ist I.) der Fall eingetreten, daß derjenige Ehegatte zuerst gestorben ist, der an Dritte ein Vermächtniß gegeben hat, so ist allerdings der überlebende Ehegatte es zu

Digitized by Google

bezahlen schuldig. Zwar mag dagegen gesagt werden: a.) als Vermächtniß könne es der Dritte nicht fordern, weil hier kein lezter Wille in der Form und keine Schenkung von Todeswegen in der Sache vorhanden sey; b.) als eigenes Geschenk könne er es wiederum nicht fordern, weil seine Zuziehung zum Vertrag und seine Annahme des Geschenks mangle, und c.) als Geschenk von Dritten fehle es ihm an allem Klagerecht aus einer solchen unter Dritten vorgegangenen Handlung. Darauf steht jedoch zu erwiedern: zu a.) das Nichtdaseyn eines lezten Willens der Form nach ist zwar richtig, da die Staatsschreibereyurkunde über die Eheberedung keine von den drey Formen der lezten Willen, Sz. 969. an sich trägt: auch ist der Heyrathsvertrag der Sache nach nicht ein lezter Wille, insofern darunter nur widerrufliche Verfügungen von Todeswegen verstanden werden, Sz. 895.: aber das Wort: lezter Wille, bezeichnet auch im allgemeineren Sinn jede Verfügung, wodurch man Verordnungen auf den Todesfall macht, also solche die nicht das Vermögen einer lebenden Person, sondern nur ihre Verlassenschaft ergreifen, kurz eigentliche Schenkungen auf den Todesfall, und in solchem Sinn ist die Gebung eines Erbrechts durch Eheberedung allerdings ein lezter Wille, obwohl kein widerruflicher, wie er in der Regel seyn muß, die allein der Sz. 895. vor Augen hat, mithin ist auch die einem Dritten durch den Erben zugedachte Gabe ein Vermächtniß. Außerdem, und obwohl sie b.) als eine unmittelbar an den Dritten gemachte Schenkung wegen Mangels einer Annahme von dessen Seite nicht geltend gemacht werden könnte, Sz. 932., würde sie jedoch zu c.) als Klage aus der Schenkung eines Dritten allerdings zu Recht beste-

Digitized by Google

hen. Denn α) indem der Erstverstorbene den Ueberlebenden zum Erben einsezt, kann er ihm auch Auflagen machen, und diese ist ein solcher zu erfüllen schuldig, wenn er sich nicht dem Widerruf der ganzen Schenkung unterwerfen will, Sz. 953. Ein solches sogenanntes Vermächtniß an Dritte wäre zwar alsdann im strengen Sinn kein Vermächtniß, weil zu diesem wesentlich gehört, daß es im lezten Willen gegeben sey, sondern es wäre eine Auflage an den Erben auf die Schenkung des gegenwärtigen und künftigen Vermögens, selbst alsdann wann es (wie in oben angezogenem Fall) in selbstständige Ausdrücke gekleidet wäre. Z. B. N. N. soll nach meinem Tode das und das haben; indessen weiß doch der Geschenkgeber, der im übrigen sein ganzes jeziges und künftiges Vermögen dem überlebenden Ehegatten schenkungsweise gab, daß jener Dritte nicht anders als durch Forderung an diesen Erbnehmer zu seinem Geschenk kommen könne, Saz 1011., und da nun die Absicht des Gebers nicht die Wortfassung das Entscheidende ist, Saz 1100 db. und 1156, so liegt in der Sache selbst, die Anweisung des Beschenkten das Geschenk an den Erbnehmer zu fordern, und die Auflage auf den Erbnehmer das Geschenk zu zahlen. Dieses nun ist zugleich die wahre Natur eines Vermächtnisses, das zwar in seiner eigentlichen Gestalt nur widerruflich und durch lezten Willen zu begründen ist, Sz. 943. und 1002., auch alsdann nicht in allem nach den Regeln der Auflagen beurtheilt werden kann, das aber in seiner Wesenheit durch Eheberedungen, als durch die einzige jezt noch erlaubte Art von Erbverträgen, so gut wie ehemals durch alle diese, als eine Verfügung zu Gunsten eines Dritten wohl gegeben werden kann, Sz. 947., und somit erlangt auch in

Digitized by Google

dieser Gestalt der beschenkte Dritte durch die nachfolgende Annahme ein wohlerworbenes Recht, vermöge des Sz. 1121. Dieses wird dadurch noch gewisser, weil der überlebende Ehegatte, der die Erbschaft antritt, aus dem dadurch entstehenden Halbvertrag mit den Gläubigern der Erbschaft Sz. 1100 d c., ihm wie andern Gläubigern und Vermächtnißnehmern verbindlich wird. In diesem Fall, wo die Ansicht einer Schenkung unter Lebenden oder von Todeswegen zu einer gleichen Entscheidung führen, kann unser Fall nicht für zweifelhaft angesehen werden.

Tritt aber II.) der Fall ein, daß derjenige der das Vermächtniß sezte, seinen Gatten überlebt, mithin dessen Erbernennung dadurch zerfällt, und der Erstere keinen neuen lezten Willen macht, sondern seine Verlassenschaft nachmals an seine gesezliche Erben übergeht, — welches eigentlich die Lage ist, in welcher der Eingangs erzählte Fall stand — alsdann kann man freylich bloß nach dem Wortlaut des Napoleonischen Rechts sich schwer entscheiden, ob man dem rein römischen Recht folgen soll, das alle Vermächtnisse verfallen läßt, wenn die Erbsezung verfällt, oder ob man den neuern Sitten folgen, und die Vermächtnisse bey einer solchen Hinfälligkeit der Erbsezung bestehen lassen soll. Dem Geist jener neuen Gesezgebung ist lezteres jedoch in jedem Fall gemässer. So weit die Gabe als wahres Vermächtniß betrachtet wird, so kommt zu erwägen, daß dieses Rechtsbuch nirgends eine wirksame Erbsezung kennt, sondern daß ihm alle Arten der leztwilligen Verfügungen, auch diejenige die eine ganze Verlassenschaft geben, Vermächtnisse sind, Sz. 1002., sodann daß von lezten Willen immer nur das für wegfallend gelten soll, was wegen Widerruf oder neuen Verfügungen

Digitized by Google

nicht mehr gelten kann, Sz. 1036., endlich daß der durch NichtErleben des Zeitpunkts geschehende Verfall eines Vermächtnisses immer nur so weit den lezten Willen unwirksam macht, als er jene begünstigte Personen betrifft, welche den Erblasser nicht überlebt haben, Sz. 1039. Unser Landrecht entscheidet aber den Fall auch wörtlich, da es den Verfall eines belasteten Vermächtnisses nur so eintreten läßt, daß die Belastung von jenem übernommen werde, dem dadurch das belastete Vermögen zur Hinnahme offen wird, Sz. 1043 a.

Anders erscheint aber in dieser zweiten Gestalt unseres Falls die Sache, sobald man die Gabe nur als Auflage einer Schenkung unter Lebenden betrachtet. Denn da wo eine Schenkung selbst zurückgeht, kann eine Auflage auf derselben nicht fortbestehen; nicht auf dem Beschenkten, der zu nichts verbindlich werden kann, wenn er ausschlägt, und nicht auf den Geschenkgeber, der niemals sich selbst einem Dritten verpflichten wollte, und gegen den, sobald das gewinnende Rechtsgeschäft der Schenkung sich zerschlägt, die Auflage ganz keinen Boden hat auf dem sie fussen kann, wiewohl sich noch immer sagen läßt, eine Schenkung deren Beschenkter vor der Zeit stirbt, zerschlägt sich nicht, sie wird nur in Bezug auf ihn wirkungslos, welches noch nicht nothwendig mit sich bringt, daß auch in Bezug auf Dritte ihre einmahl zu Stand gekommene Kraft verfalle. Alles kommt demnach hier darauf an, welche von beeden Ansichten unseres Falls man vorzieht. Sicherer thut derjenige Erblasser gewiß, der seine Vorsichten so nimmt, daß es niemals auf diese bedenkliche Wahl ankommt. Inzwischen wäre nun einmahl ein solcher Fall vorhanden, so würde man sich doch am richtigsten für die Fortdauer des Vermächtnisses ent-

Digitized by Google

scheiden. Der gesezliche Erbe, der nicht Pflichterbe ist, kommt immer durch eine stillschweigende Schenkung des Verstorbenen zur Erbschaft, Erl. II. S. 311., und dieser hätte sie ihm ohne Anstand entziehen können. Hat nun derselbe für den Fall wo sein Ehegatte ihn überlebt haben würde, diesen nicht nur zum Erben eingesezt, sondern auch dasjenige, was er solchen durch Vermächtniß-Auflage entzog, nicht den gesezlichen Erben vorbehalten, sondern einem Dritten zugewendet, so ist dieses ein offenbarer Beweis, daß er es diesem mehr als dem Erben gegönnt habe, und es hieße sehr gegen die Absicht des Erblassers handeln, wenn man nun den Erben welchem durch das Vorabsterben des zum Erbe berufenen Ehegatten, die Erbschaft wieder zu gut kommt, zu diesem Vortheil auch noch dem weiteren zuscheiden wollte, das jenem obgelegene Vermächtniß nicht abreichen zu dürfen, welche Absicht doch hauptsächlich in Ehren gehalten werden muß, Sz. 1100 db. Die unzerstörte Aufbewahrung eines solchen zerfallenen Heyrathsvertrags mag ohnehin als eine weitere Anzeige gelten, daß der Erblasser ihn noch für etwas dienlich geachtet habe, wozu dann der Stoff eben in jenem Vermächtniß natürlich gefunden wird. Den Mangel der Form kann der gesezliche Erbe um deswillen nicht entgegen halten, weil das Vermächtniß, wenn gleich nicht die gemeine lezte Willensformen, dann doch jene hat, die für lezte Willen in Eheberedungen nöthig sind, und die nachmahls durch ihre Kraft alle andere darinn gemachte Schenkungen gültig machen, Sz. 1368., sofort dadurch, daß der Inhalt durch den Tod der eingesezten Erben im Hauptwesen verfällt, dennoch keineswegs die Form desselben gebrochen wird. Das Badische Landrecht erhebt dieses über allen gerech-

Digitized by Google

ten Widerspruch, indem es im I. EinführungsEdikt Art. XI. §. 3. den Richter anweiset, vorauszusezen, ein Erblasser habe gewollt, daß sein Wille in jeder Form, in welcher es gesezlich möglich ist, gelte, und daß es in dem obengedachten Sz. 1043 a. sagt, ein belastetes Vermächtniß falle dem Erben anders nicht als gegen Uebernahme der auf solches gelegt gewesenen Belastung heim, wogegen es buchstäblich anstossen würde, wenn man das durch den frühern Tod jenes Ehegatten, dem eine Verlassenschaft vermacht war, dem gesezlichen Erben heimfallende Erbvermächtniß ihn hinnehmen lassen wollte, ohne daß er jenes ihr aufgelegt gewesene Vermächtniß entrichten dürfte.

77.

Bürgerliche Unwirksamkeit der Gelübde.

Die Römer, in deren bürgerlichen Gesezgebung der Kirchenglaube ihrer Zeit viel Einfluß hatte, entlehnt eben daher die Verordnung von der bürgerlichen Gültigkeit der Gelübde, d. i. der Zusagen an die Gottheit, diese oder jene Handlung zu thun oder zu unterlassen, tot. Tit. ff. de pollicit, ja sie dehnten diese Verbindlichkeit sogar so weit aus, daß sie ihr auch eine Folge auf die Erben gaben, da doch nach der Natur der Sache Gewissensverbindlichkeiten mit der Person absterben. Das päbstliche Recht, das noch ganz neue Arten der Gelübde bestätigte, war nicht geeignet jene bürgerliche Gültigkeit außer Wirkung zu sezen, aber dadurch daß es jede rechtmäßige Uebereinkunft, wenn sie gleich nach römischer Sitte als ein pactum nudum nichts ge-

Digitized by Google

golten haben würde, für kräftig annahm, hob es wenigstens den auffallenden Widerspruch auf, der darinn lag, daß der Mann ein redlich gegebenes Wort, sobald es nicht eine Bekleidung hatte, ungescheut brechen durfte, ob es gleich von dem welchem zu gut es gegeben ward, angenommen war, hingegen ein Wort nicht unerfüllt lassen konnte, das der Gottheit gegeben war, wenn gleich keinem irrdischen Richter bewiesen werden konnte, daß die Gottheit es wohlgefällig angenommen habe. Diese Lehre erleichterte natürlich den betheiligten milden Stiftungen, die Uebung des Rechts auf ihre Seite zu lenken, wie davon ein merkwürdiges Beyspiel bey Puffendorf P. I. Obs. 194. zu finden ist, wo Erben verurtheilt wurden eine gewisse Summe als Stiftung für die Armen hinzugeben, weil in den Papieren des Erblassers verschiedentlich durch ihn erwähnt worden war, er habe Gott gelobt dieses zu thun. Eine solche Entscheidung würde nach dem Code Napoleon selbst da nicht mehr statt finden, wo (wie in Baden) dem römischen Recht Hülfskraft geblieben ist. Denn obwohl über den Stoff der Gelübde in jenem Rechtsbuch gar nichts gesagt wird, und man eben darum denken möchte, hier sey gerade der Fall auf das römische Recht zurück zu gehen, so darf jedoch dieser Rückgriff zu dem Justinianeischen Recht auch da, wo das Napoleonische schweigt, nur alsdann geschehen, „wann we„der Grund und Geist seiner Säze, noch richtige logische „Analogie entscheidet," Erl. IV. 566. Nun aber ist es wesentlicher Geist des Code Napoleon, sich unabhängig von jeder Religionsgesezgebung zu halten, keine Religionspartey zu hindern, das zu befolgen, was für sie religiöse Gültigkeit hat, aber auch nichts für bürgerlich verbindlich

anzunehmen, darum weil es kirchliche Gültigkeit hat, wie aus dem Napoleonischen Eherecht zur Genüge erhellet. Diesem Geist ist eine Klage aus einem Gelübde zuwider, und da das französische Gesezbuch nur Geseze, Halbverträge, und Verträge für Verbindlichkeitsquellen erklärt, Sz. 1370., so sind damit Gelübde hinlänglich ausgeschlossen.

78.

Einfluß der Benennung auf den Vertrag.

Eine Mutter deren Sohn sechszehn Jahr alt war, gab die Nuznießung von sechs Morgen Weinberg an einen Landwirth mit dem Ausdruck: sie verkaufe ihm ihre noch zwey Jahre dauernde Nuznießung jenes Weinbergs um jährliche Einhundert Gulden, in dem gewöhnlichen Pachtziel auf Martini zahlbar. Nach zwey Jahren, an deren Schluß jedesmahl die Einhundert Gulden richtig bezahlt wurden, blieb die Mutter noch bis zur Volljährigkeit in der Nuznießung, gemäß dem I. Einf. Edikt Art. 8. §. 3. Ohne etwas weiteres abzureden, ließ sie jenen Landwirth im Besiz des Weinbergs; dieser blieb im ersten dieser weiteren Jahre wo ein schmaler Herbst war, mit bedungenen Einhundert Gulden im Rückstand. Am Ende des zweyten weiteren Jahrs, in welchem ein Hagelwetter allen Ertrag gänzlich verderbt hatte, klagte die Eigenthümerin auf den doppelten Jahrsbetrag: sie behauptete jener Vertrag sey, des etwas uneigen gebrauchten Worts: verkaufen unerachtet, ein Pacht gewesen, der nach Ablauf der ersten Pachtzeit stillschweigend erneuert worden sey, indem ein Pacht nichts

Digitized by Google

anders sey, als ein Genußkauf, und der nach Jahren bestimmte Umsazpreis hinlänglich zeige, daß hier kein Kaufschilling sondern ein Pachtschilling in Frage sey; und ob zwar die zwey lezten Jahre uneinträglich gewesen, so seyen die zwey vorhergehenden sehr einträglich und der Umsazpreis nieder, mithin, des lezten Mißwachses unerachtet, der ganze Pachtzins mit Recht zu begehren. Der Landwirth hingegen wollte sich zu nichts verstehen, als zu Berechnung und Vergütung des Ertrags der zwey lezten Jahre, nach Abzug der Bau- und Erndtekosten, welches er damit unterstüzte: jeder Vertrag müsse nach dem Namen beurtheilt werden, den ihm die Vertragspersonen geben, indem dieser mehr für deren Absicht beweise als Andere, etwa mit ihm nicht ganz im Einklang stehende, einlaufende Worte nach der Lehre bey Hommel Obs. 513.: diesemnach sey der Vertrag in Bezug auf die ersten zwey Jahre ein Kauf, und die Bedingung eines in zwey Jahrszielern sich aussprechenden Umsazpreises beweise dagegen nichts, weil man jeden Kaufschilling in Zieler zerschlagen könne, in Beziehung auf die weitern Jahre sey eine Geschäftsführung vorhanden, auf jeden Fall aber, wenn ja dieses Rechtsverhältniß für einen Bestand erkannt werde, seyen doch die zwey lezteren Jahre einzeln zu beurtheilen, und nicht ihre Uneinträglichkeit gegen die reichen Erndten der zwey ersten Jahre wettzuschlagen.

Bey Beurtheilung dieses Falls gestand man zu, daß die Benennung eines Vertrags ein HauptErkenntnißgrund für die Absicht der Vertragspersonen seyn müsse, weil überhaupt Worte die Zeichen der Gedanken seyn sollen, und es nicht mehr seyn könnten, wenn man nicht durch den Namen

eines Rechtsgeschäfts dessen beabsichtete Natur für bezeichnet ansehen wollte, wie dann gerade darum gewisse Verträge im Gesezbuch unter eigenem Namen in besondern Titeln abgehandelt wurden, damit die VertragsPersonen, ohne viel Worte durch die bloße NamensAngabe diejenige Rechte und Verbindlichkeiten kenntlich zu machen vermöchten, welche sie in einem bestimmten Fall sich aneignen wollen, wohin auch die Hinweisung auf den Unterschied zwischen benannten und unbenannten Verträgen im Saz 1107. absichtlich hindeutet. Inzwischen leidet jedoch diese Regel ihre Hauptanwendung nur in dem Fall, wo die Benennung absichtlich und bezeichnend da steht, z. B. wenn es hieße: man gebe zu einem rechten Kauf; wo hingegen sie nur vorübergehend und erzählend, z. B. wie hier durch das Wort: ich verkaufe, gebraucht wird, da ist sie kein gleich sicherer Erkenntnißgrund, und leidet wenigstens da einen Abfall, wo jener BenennungsAusdruck noch anderen Rechtsgeschäften anbequemt werden kann, wie hier unläugbar jeder Umsaz einer JahrsErndte gegen einen Geldpreis in sicherem Sinn ein Verkauf genannt werden kann, zumahl wenn vollends andere Stellen hinzukommen, die näher auf eine andere Vertragsart hinweisen. Für solche Fälle gelten die Verfügungen, daß die gemeinschaftliche Absicht der Vertragspersonen mehr als der buchstäbliche Sinn der Worte zu befolgen sey, Sz. 1156.; daß doppelsinnige Ausdrücke dem Gegenstand des Vertrags gemäß auszulegen sind, Sz. 1158., und daß von mehreren Gedingen (und aus gleicher Ursache auch von mehrern Worten) Eines durch das Andere seine Auslegung erhalte, so daß einem jeden der Sinn zukomme, der sich aus der ganzen Handlung er-

Digitized by Google

gibt, Sz. 1161. Diese Verfügungen nöthigen alsdann den Rechtsausleger, mehr die aus der Zusammenstimmung des Ganzen erkennbare Absicht, als die Benennung zu befolgen, Sz. 1156. Ein solcher Fall ist der vorliegende: denn obwohl ein Kaufschilling in Zieler zerlegt werden kann, so gehört doch dazu um zu sagen, daß eine solche Zerlegung wirklich vorhanden sey, daß die Summe irgendwo als ein Ganzes ausgesprochen sey; hier war zwar allenfalls der jährliche Genuß von zwey Jahren durch das Wort: Nuznieſſung als ein Ganzes dargestellt, aber der Preis war ausdrücklich durch die Worte: jährliche Einhundert Gulden, nicht als ein in zwey Zieler getheiltes Ganzes, sondern als zwey doppelte Ganze, mithin so dargestellt, wie es einem Bestandvertrag gemäß ist; der Beysaz: im gewöhnlichen Bestandziel zahlbar, deutete hiernächst noch näher auf dieses Rechtsgeschäft hin. Weiter ward diese Ansicht dadurch bestärkt, daß der Landwirth ohne Nachfrage den Bau nach Endigung der ersten zwey Jahre fortgesezt hatte. Denn unterstellt man hier nicht die unerlaubte Absicht bey dem Landwirth, ein fremdes Gut sich eigenmächtig anzumaßen, und bey der Mutter die Sorglosigkeit um die Wiederbesiznahme der auf Zeit und Ziel angeblich verkauften Nuznießung, so muß man annehmen, daß beede damals noch ihr Verhältniß für einen Bestand angesehen haben, der nur eines beederseitigen Stillschweigens zur Erneuerung bedürfe. Denn eine Geschäftsführung wurde hier gar ungeschickt eingezogen, weil die Eigenthümerin nicht abwesend noch verhindert war, ihre Geschäfte selbst zu besorgen, mithin niemand ein Recht haben konnte, ihren Güterbau für sie und in ihrem Nahmen ohne Anfrage bey ihr an sich nehmen zu wollen, vergl. Erl. III. S. 278.

Digitized by Google

Die Bestandklage war daher wohl gegründet, aber allerdings war es auch die Nachlaßeinrede in ihrer Maase. Denn das Zusammenwerfen der magern und fetten Jahre bezieht sich nur auf die bestimmte Pachtjahre eines Pachts, der auf mehrere Jahre geschlossen ist, Saz 1769.; bey einjährigen richtet sich der Nachlaß nach dem einzelnen Jahr, Sz. 1770.; der stillschweigend verlängerte WeinbergsPacht gilt aber nur auf ein Jahr Sz. 1774 und 1776.

79.

Wirkung der Verschweigung in Verträgen.

Das römische Recht stellt die Lehre auf, es sey bey Umsazverträgen bürgerlich erlaubt, sich einander im Preis zu hintergehen, L. 16. §. 4 ff. de minor., nur nicht in den Eigenschaften der Sache, L. 43. §. 2 ff. de contrahent., welches Leyser LIX. Med. 2. CCVIII. Med. 3 et 4. allgemeiner und sehr passend so ausdruckt: a.) die Verschweigung ist schädlich sobald sie verborgene Eigenschaften einer Sache trifft; aber b.) sie ist unschädlich, sobald sie nur äussere auf sie Bezug habende Umstände betrifft. Obwohl im Code Napoleon der übellautende Ausdruck von erlaubten Hintergehungen nicht vorkommt, der auch wirklich mehr sagt, als in der Absicht des Gesezes lag, so bleibt doch die von Leyser angeführte und mit mehreren Beyspielen belegte doppelte Regel für unsere Rechtsverfassung noch gültig. Denn zu a.) so wie aus dem Daseyn der Mängel, Minderung oder Aufhebung der VertragsVerbindlich-

Digitized by Google

keit folgt, so soll auch so oft das Nichtdaseyn dem gebenden Theil zuvor bekannt war, Entschädigung daraus folgen: dieses sagt vom Kauf der Sz 1643. und 1645.; vom Bestand Sz. 1721.; von der Viehverstellung Sz. 1831 a.; von der Leihe Sz. 1891.; von der Hinterlegung Sz. 1947.; vom Pfründvertrag Sz. 2059. Daß aber zu b.) umgekehrt eine Verschweigung äußerer Umstände, die auf die mindere oder mehrere Nuzbarkeit der Sache Bezug haben, dem Vertrag unschädlich sey, dafür sprechen folgende Gründe: α) die natürliche Pflicht mit Offenheit dem Andern alles zu entdecken, was ihm nüzlich seyn mag, kann nicht Klaggrund werden, wo sie nicht für einen Fall bürgerlich wirksam erklärt ist, Sz. 6 g.; das ist aber in Bezug auf äußere Verhältnisse einer Vertragssache nirgends geschehen; β) die hintennach eintretende Entdeckung bey dem andern Theil gehört unter die Klasse der veränderten Umstände, und von solchen sagt Sz. 1234 a. daß wenn sie gleich von der Art sind um den Vertrag zu hindern, wenn sie vor dessen Schließung eingetreten wären, sie ihn doch hintennach nicht entkräften, wenn sie die Erfüllung nicht natürlich oder sittlich unmöglich machen, oder ihnen ausdrücklich durch ein Gesez eine solche auflösende Kraft beygelegt ist; leztes ist der Fall bey einer entdeckten Verschweigung so wenig, als Erstes; γ) in dem Umsazpreis kann man meistens nur durch Unbekanntschaft mit äußern auf die Sache Bezug habenden Umständen irren: da nun das Gesez im Sz. 1674. den Kauf ungemindert bestehen läßt, so lang die Verlezung unter $\frac{1}{12}$ ist, und ihn umstößt, wo er darüber ist, ohne das eine und anderemahl seine Verfügung darauf zu beschränken, wenn der andre Theil von dem Mehrwerth Kunde hatte, so

muß

muß der Gesezgeber die Verschweigung der äußern Umstände allein, ob sie gleich den Preis ändert, nicht als einen bürgerlichen Verpflichtungsgrund angesehen haben, sonst hätte er alle Verträge, wobey sie sich findet, ohne Hinsicht auf Beträchtlichkeit der Preisverkürzung aufheben, und ebenso alle, wo sie nicht hinzutritt, bey Kräften lassen müssen; endlich d) bloße Verschweigung, obwohl sie oft dem Andern Anlaß zum Vertrag werden kann, ist doch für sich allein kein Kunstgriff den Andern zu dessen Eingehung zu bewegen, welcher immer etwas Geschehenes fordert, und mithin durch Stillschweigen nur alsdann geübt werden könnte, wenn es eine solche Unterlassung ist, die im Andern eine Ansicht erzeugt, Erl. III. S. 24.; das heißt wenn es für Einwilligung gilt, nach Sz. 1108 b. nemlich wenn durch ein vorhergehendes Handeln eines Andern, auf welches jenes Schweigen Bezug hat, dieses einer wirklichen That gleich gilt. Eben darum aber würde es allerdings dem Vertrag schaden, wenn der Andere zuvor namentlich nach solchen äußern Zufälligkeiten gefragt, oder der andere ungefragt deren Daseyn gerühmt hätte, nachdem er sah, wie es dem Andern darauf ankomme.

80.

Wirkung des Betrugs dritter Personen.

Ein Betrug dritter Personen, der an einer Vertragsperson ausgeübt wird, und der diese zu einem Vertrag mit dritten dabey ganz unbefangenen Leuten veranlaßt, vernichtet den Vertrag nicht, sondern gibt nur dem Betrogenen eine Entschädigungsklage wider den Betrüger, sagt Hommel

Rhaps. Obs. 400 et 646. Dieses ist noch jezt wenigstens für die meisten Fälle richtig. Die Entschädigungsklage geht nemlich aus Sz. 1382. hervor. Aber eine Vernichtung, die hier allemahl das wohl erworbene Vertragsrecht der unschuldigen Mitvertragsperson des Betrogenen treffen müßte, spricht jener Saz nicht aus: und der Saz 1116. der von den Wirkungen des Betrugs handelt, spricht seine Vernichtung nur über solche Verträge aus, wo von Einer der Vertragspersonen die Kunstgriffe herrühren. Man mag zwar denken, der betrogene Vertragstheil hat nicht frey gehandelt, er ist in einem von dem Kunstgriff hervorgebrachten Irrthum gewesen, und Irrthum hebt den Vertrag auf, selbst da, wo nur der Eine Theil in Irrthum war. Allein nicht jeder Irrthum hebt den Vertrag auf, sondern nur jener, der das Wesen der Sache oder die Eigenschaften des Vertrags betrifft, Sz. 1110., und zwar nur alsdann, wann er nicht selbst verschuldet war, Sz. 1110 a. Wo freylich diese Umstände bey einem von Dritten gespielten Betrug zusammentreffen, da tritt eine Aufhebung ein, die aber alsdann nicht aus dem Daseyn eines Betrugs sondern aus jenem eines Irrthums ausgeht. Wo aber solche nicht zusammenkommen, (und dieses ist nicht häufig, weil das Betrogenwerden und der daraus hervorgehende Irrthum meistens selbstverschuldet ist, und durch gehörige Vorsicht vermieden werden kann,) da vernichtet der Betrug die aus dem Vertrag des Betrogenen mit einem Dritten diesem zugewachsene Verbindlichkeit nicht; wofür auch die Rechtsähnlichkeit des Sz. 901 d. klar spricht.

81.

Vertragsschliessung durch Dritte.

Wir können auf dreyerley Art durch Dritte einen Vertrag schließen. Die eine Art ist a.) indem derselbe zwar aus unserem Auftrag, aber ohne dessen Erwähnung, in eigenem Namen denselben abschließt. Von diesem Fall lehrt die Natur der Sache, daß zwischen dem Gewaltgeber und zwischen dem mit dessen Betheiligung unbekannten Dritten unmittelbar kein VertragsVerhältniß entstehen könne, sondern der Dritte nur dem Gewalthaber verbindlich werde: dieser aber ist alsdann gehalten, die aus dem Vertrag erlangte Rechte an den Gewaltgeber abzutreten, Leyser CLXXIX. Med. 1. Eigentlich zu reden ist hier der Gewaltgeber in Bezug auf den aus seinem Auftrag geschlossenen Vertrag der Dritte. Hierin ändert der Code Napoleon nichts; er befreit den Gewalthaber nur alsdann gegen einen Dritten von VertragsVerbindlichkeiten, die er übernahm, wann derselbe als solcher (d. h. in fremdem Namen Saz 1984.) mit genugsamer Eröffnung seiner Vollmacht handelt, Sz. 1997., und weiset ihn an, alles kraft Auftrags Empfangene an den Gewaltgeber abzutreten, Sz. 1993.; nur so weit ist der Stand des lezteren gegen der Strenge des altrömischen Rechts erleichtert, daß dieser auch ohne Abtretung sich die Vertragsrechte des Gewalthabers gegen den Dritten zu Nuz machen kann, Sz. 1166., wie dieses schon vorhin der Gerichtsgebrauch eingeführt hatte, Stryck Us. mod. ff. L. 17. P. 1. §. 6. Schilter Cp. 27. Th. 4. Ein zweyter Fall ist b.) wenn der Gewalthaber im Namen des

Digitized by Google

Gewaltgebers und mit genugsamer Eröffnung seiner Vollmacht mit dem Dritten unterhandelt und abschließt: in diesem Fall konnte der Gewaltgeber unmittelbar von dem Dritten belangt werden, aber der Gewalthaber gar nicht, Hommel Obs. 113., welches auch jezt noch fortdauert, vermög des Sz. 1797. Hier ist eigentlich keiner in Bezug auf den Vertrag, den der Gewalthaber abschloß, ein Dritter; er und sein Gewaltgeber machen den einen, und der Dritte den andern Vertragstheil aus. Ein dritter Fall ist c.) wenn der Eine, der einen Vertrag schließen will, dem Andern, mit dem er solchen schließen will, durch einen Boten mündlich die Annahme eines vorhergegangenen Erbietens wissen läßt: in diesem Fall ist der Bote gar nicht Vertragsperson, er ist nur Handlanger des Willens der Vertragspersonen, und in Bezug auf den Vertrag selbst ist er der Dritte, und in gar keiner Verbindlichkeit, Stryck l. c. §. 7. Zwar haben wir im Code Napoleon darüber kein Gesez, aber es bedarf es auch nicht, da die Natur der Sache deutlich genug spricht. Nöthigenfalls ist der Sz. 1997. Beweises genug: denn ein Bote ist nichts anders als ein Beauftragter, der mit dem bloßen Auftrag zu Ausrichtung einer Erklärung auftritt, und der folglich durch diese eröffnete Schranken seiner Vollmacht gegen alle Selbstverbindlichkeit gesichert ist. Aber wie ist es nun in diesen drey Fällen zu halten, wenn der Gewaltgeber inzwischen widerruft oder stirbt? In Bezug auf den Widerruf ist zu a.) für den ersten Fall die Verbindlichkeit des geschlossenen Vertrags für den Gewaltgeber festgesezt in L. 15 ff. mand. mit der hinzugefügten Ursache, damit der Gewalthaber nicht in Schaden durch seinen AuftragsVollzug komme. Eben diese wird zu b.) auch für den zweyten Fall

angenommen, Stryck l. c. §. 7., unerachtet hier die jenem Gesez hinzugefügte Ursache geradezu nicht anschlägt, weil durch eine Unverbindlichkeit nicht der Gewalthaber, sondern allenfalls nur der Dritte in Schaden kommen würde, und daher andere weitlosere Gründe dafür zusammengenommen werden müßten, Leyser CLXXX. Med. 4. Für beede Fälle ist abermals unser Gesez klar, da es sagt: „Verträge „welche dritte Personen redlicher Weise mit einem Gewalt„haber schließen, dessen Auftrag erloschen ist, bleiben ver„bindlich," Sz. 2009. Aber im dritten Fall zu c.) legen sich Schwierigkeiten dar. Das römische Gesezbuch hatte gesagt, wenn ein Sohn aus Auftrag seines Vaters einem Sklaven die Freylassung angekündigt, der Vater aber in der Zwischenzeit von der Ertheilung bis zur Ausrichtung dieser Botschaft, die Freylassung widerrufen habe, so werde der Sklave nicht frey, L. 4. pr. ff. de manum. vind. L. 15. §. fin. ff. qui et a quib. man. Daraus zog man die Lehre, daß wenn eine VertragsErklärung durch einen Boten zu einer Zeit ausgerichtet werde, wo sie widerrufen sey, die Ausrichtung für nicht geschehen und der Vertrag für nicht zu Stand gekommen gelte. Ob jener Schluß bündig sey, möchte sich stark bezweifeln lassen: wenigstens ist es nicht außer dem Weg zu sagen, der Grund der Verfügung jener Gesezе liege nicht in dem Unterschied zwischen einem Gewalthaber und einem Boten, wie es seyn müßte, um sie folgerichtig ins Allgemeine zu übertragen, sondern in dem Unterschied zwischen einem Geschäft, das ein Gewaltgeber durch einen beauftragten freyen Mann mit einem dritten freyen Mann abschließt, wo freylich die einseitige WillensAenderung in die Rechte des einen oder andern dieser freyen Leute

Digitized by Google

eingreift, also Bedenklichkeiten hat, die in dem andern Fall nicht eintreten können, wo ein Hausvater durch den Haussohn mit dem Haussklaven handelte, als in welchem Fall natürlich der einseitige Wille des Ersteren alles entscheiden konnte, weil beede lezteren von dessen Gewalt abhängig waren. Dem sey nun aber wie ihm wolle, so wird dadurch nie ausgemacht, wie es in unserer jezigen Rechtsverfassung zu halten sey. Diese hat zwar keine besondere Verfügungen über die Rechtsverhältnisse der Boten und ihrer Ausrichtungen, allein Grund und Rechtsähnlichkeit derselben reicht hin zur Entscheidung, und so lang das ist, befinden wir uns auf keinem Weg der zum römischen Recht zurückführt, Erl. IV. S. 566. Der Bote ist nemlich, wie gesagt, nichts anders als ein Gewalthaber, dessen Vollmacht auf bloße Ueberbringung mündlicher oder schriftlicher Nachrichten beschränkt ist. Hiernach müssen seine Rechte und seine Pflichten beurtheilt werden, Lauterbach Diss. de Nuncio C. 4 et 9. Da nun Sz. 2008. sagt: „weiß der Ge„walthaber nicht, daß eine Erlöschungs-Ursach eingetreten „sey, so bleibt alles das in Kraft, was er in dieser Unwis„senheit gültig unternommen hat," so ist die Ausrichtung des Boten in einem solchen Fall gültig, und der Dritte der auch nichts von Widerruf wußte, konnte sie redlicher Weise annehmen. Geschieht dies, so ist dadurch alsdann von dem, der den Boten empfing, zwar nicht mit dem Boten, aber doch durch den Boten mit dem er ihn absandte, und der durch die aus dem Sz. 2008. fließende Rechtsdichtung noch als auf dem vom Boten erklärten Willen beharrend anzusehen ist, das Rechtsgeschäft zu Stand gekommen, und es muß nun nach Sz. 2009. verbindlich bleiben.

Digitized by Google

Das Nemliche ist zu sagen, wenn statt eines Widerrufs inzwischen der Tod des Absenders oder Gewaltgebers dazwischen getreten, dessen unbewußt aber ein solches Geschäft vollzogen worden wäre; da jene Gesetze beede Erlöschungsarten hierinn vollkommen gleich stellen.

82.

Natur des Gutstehens für Andere.

Gutstehen und Bürgen ist darinn unterschieden, daß lezteres eine bestehende Verbindlichkeit zwischen zwey Personen voraussezt, deren Erfüllung ein Dritter auf begebende Fälle auf sich nimmt, jenes eine erst entstehende, Erl. IV. S. 6. Beede Begriffe unterscheiden sich weiter von Empfehlungen darinn, daß diese ein bloß natürliches Gutstehen für die Dienstbereitwilligkeit Anderer sind, mit welchem in der Regel keine bürgerliche Verbindlichkeit und keine Anweisung auf irgend eine völlig bestimmte Dienstleistung verbunden ist, daher dann dieselbe in ein wirkliches Gutstehen übergehen, wenigstens gleiche bürgerliche Verbindlichkeit erzeugen, sobald auf einen bestimmten Gegenstand die Empfehlung gerichtet ist, ohne sich gegen Rückgriff zu verwahren, Erl. III. S. 288. Alle diese Rechtsgeschäfte aber sind weiter von einer Verwendungszusage (bona officia) darinn verschieden, daß jene immer einen gewissen Erfolg dem Andern zusichern, leztere aber lediglich nichts als die Bemühung des Zusagenden für die Bewirkung eines gewissen Erfolgs den Dritten geneigt zu machen. Aus diesem Begriff folgt von selbst, daß hier derjenige seine

Digitized by Google

Verbindlichkeit erfüllt habe, der seine Mühe zu Auswirkung des Versprochenen nicht gespart hat, wenn sie auch fruchtlos blieb, Leyser DXXI. Med. 9. Auf leztere Art der Geschäfte darf man daher niemals die Gesezze von Gutstehen anwenden, wenn gleich im einzelnen Fall oft schwer zu erkennen ist, in welche Klasse ein vorliegendes Geschäft zu rechnen sey. Hier kann nicht das Gesez, sondern lediglich die Weisheit des Richters in Berücksichtigung der Worte und der Umstände eines Vertrags bestimmen, welches Geschäft im einzelnen Fall vorhanden, mithin was alsdann Rechtens sey.

83.

Gutstehen für die Genehmigung eines Geschäfts.

Es geschieht häufig, daß jemand bey Schließung eines Rechtsgeschäfts für einen Dritten auftritt, und der Vertragsperson, mit welcher er handelt, für die Genehmigung des Dritten gutsteht (cautio de rato). Wann nachmals der Dritte nicht genehmigen will, dann entstehen mancherley Rechtsfragen. Die Eine ist diese: ob der Gutstehende eine Klage wider den Dritten habe, um von ihm die Genehmigung zu fordern. Hierbey ist ein Unterschied, ob jener als Gewalthaber oder als Geschäftsführer aufgetreten sey. 1.) Wer als Gewalthaber aufgetreten ist und zu dem Geschäft einen, nur nicht förmlich ausgefertigten oder sonst gegen den Dritten nicht hinlänglich vorweislichen Auftrag, gehabt hat, und deswegen gut gestanden ist, der kann allerdings wegen der Genehmigung eine Klage wider den Ge-

Digitized by Google

walthaber anstellen, da der Auftragsvertrag ein keiner Förmlichkeiten bedürfender Willensvertrag ist, Sz. 1985., der den Gewaltgeber zu Erfüllung der Verbindlichkeiten schuldig macht, welche der Gewalthaber innerhalb den Schranken seines Auftrags übernahm, Sz. 1998. Ferner 2.) wer als Gewaltgeber aufgetreten ist, auch eine allgemeine Vollmacht gehabt hat, aber ein Geschäft unternahm, das einer besonderen Vollmacht bedurfte, z. B. einen Vergleich, Sz. 1989., der kann nicht auf die Genehmigung klagen, weil er die Schranken seines Auftrags überschritt, Sz. 1998., es wäre dann, daß in einem angefangenen Geschäft der Schaden des Gewaltgebers in anderm Wege nicht hätte vermieden werden können, Sz. 1989a., oder daß in einem solchen Fall der Gewalthaber den Beweis führte, wie das Geschäft gut geführt worden, und dem Gewaltgeber dadurch ein Vermögenszuwachs oder Verbesserung erwachsen sey, die dieser an sich genommen hat, und die ihm also wirklich zu gut gekommen ist, Sz. 1375 a., welche Hinnahme als stillschweigende Genehmigung gilt, Sz. 1998. Hiernächst 3.) wer als Geschäftsführer aufgetreten ist, der kann alsdann auf diese Genehmigung klagen, wenn er zeigt a.) daß der Fall zu einer Geschäftsführung vorhanden war, d. h. daß das Geschäft dem Andern oblag, und nicht ohne dessen Nachtheil unbesorgt bleiben konnte, und b.) daß es gut geführt worden, daß mithin die Lage des Geschäftsherrn dadurch mehr als durch Nichtsthun habe befördert werden können. Ob sie wirklich mehr befördert worden sey, darauf kommt es hier nicht an, weil nur bey widerrechtlichen Geschäftsführungen (wohin die Vollmachtsüberschreitung z. B. gehört) die Wirklichkeit der Verbesserung der Lage erfordert wird, Sz. 1375 a., bey

erlaubten Geschäftsführungen aber nur die gute Führung, d. h. eine solche, wodurch nach vernünftigen Erwartungen eine Verbesserung der Umstände erfolgen konnte.

Eine andere Rechtsfrage ist es, wie weit der Dritte mit dem ein solcher unter eigener Gutstehung handelte, das abgeschlossene Geschäft gegen den Geschäftsherrn einklagen oder auf dessen Genehmigung ihn belangen könne? Hierüber gibt das Gesez folgende Auskunft: zu 1.) Sobald der Dritte den Beweis einer auf das Geschäft gegangenen Vollmacht führen kann, so hat er ein unmittelbares Klagrecht wider den Geschäftsherrn. Dies ist Folge aus Sz. 1998. Zu 2.) So lang der Dritte nicht RechtsUebertrag vom Gewalthaber hat, oder nicht im Fall ist, ohne Anstellung dieser Klage wegen seinem aus dem Geschäft habenden Recht nicht befriedigt werden zu können, so hat er keine Klage wider den Gewaltgeber. Dieses ist Folge aus Sz. 1165 und 1166. Das nämliche gilt zu 3.) von Verträgen, die ein Geschäftsführer mit Dritten schloß. Niemals kann der Dritte ein Klagrecht haben, wo der Geschäftsführer keines auf die Genehmigung hat, weil diese ertheilte oder gesezlich gebotene Genehmigung das Bindemittel zwischen ihm und jenem Dritten ist.

Eine dritte Frage untersucht: wenn der Dritte wider den Geschäftsführer der die Genehmigung nicht erwirkt, ein Klagerecht auf Entschädigung habe? Hier ist ein Unterschied zwischen Fällen, wo jener für die Genehmigung gutsprach, oder wo dieses unterblieb. Im leztern Fall hat der Dritte alsdann a.) ein Klagrecht, wann der Geschäftsführer ein Gewalthaber war, der auf Vollmacht und geheime Geschäftsweisung handelte, aber diese übertrat; hingegen b.) keines,

wenn dieser eine offene Geschäftsweisung übertrat, Sz. 1997., wohin denn c.) auch der Fall gehört, wenn jemand allein aus allgemeiner Vollmacht da handelte, wo der Dritte berechtigt gewesen wäre, die Vorsicht zu gebrauchen, auf besondere Vollmacht zu dringen, indem auch hier der Dritte wissen konnte und sollte, daß jener seine Schranken übertrat, ingleichem d.) der Fall, wo jemand mit einem Geschäftsführer auf den Namen eines Dritten handelt, weil er hier allemahl weiß, daß jeder Vertrag außer den Schranken einer Vollmacht dessen liegt, der gar keine hat noch zu haben selbst angibt, mithin auch hier noch der Saz 1997. anschlägt. So oft hingegen der Geschäftsführer gutsprach für die Genehmigung, dann muß man in allen diesen Fällen denselben für entschädigungspflichtig anerkennen. Rechtslehrer wollten vorhin zwar zu b.) den Fall, wo jemand offene Vollmachtsschranken übertritt, davon ausnehmen, Wernher VI. Obs. 359., womit denn zu c. und d.) diese Fälle ihrer Natur nach auch unter solche Ausnahmen hätten fallen müssen. Ihr Grund war, weil der Dritte es sich selbst beyzumessen habe, daß er in Geschäften, die eine besondere Vollmacht erfordern, mit jemanden gehandelt habe, der keine solche hatte. Dieser Grund ist auch, wie wir oben bemerkten, da treffend, wo der Dritte kein Gutsprechen für die Genehmigung fordert. Wo aber jemand dieses thut, da ist er gewiß nicht nachlässig über das Erforderniß besonderer Vollmacht, sondern er beobachtet es stellvertretend: denn gerade für einen solchen Abmangel soll ja das Gutsprechen dienen, das da unnöthig ist, wo kein solcher Vollmachtsmangel obwaltet. Da nun die Gesezе erlauben für Andere gut zu stehen, und verordnen, es solle derjenige, der Geneh-

Digitized by Google

migung zu erwirken versprochen hat, zur Entschädigung verbunden seyn, wenn der Dritte sich weigert, das Versprechen auf sich zu nehmen, Sz. 1120: so kann jene Einschränkung dieser Entschädigungspflicht nicht weiter statt finden.

84.

Annahme der Schenkungen an Dritte.

Der Schluß der Betrachtung des Stücks 76. führt unmittelbar zu der weitern Frage, wie bald ist Jemand befugt, das in Verträgen Dritter ihm bedungene Recht, (besonders eine ihm in Ehestiftungen zugedachtes Geschenk) anzunehmen? Ueber diese Frage entscheidet unser Gesezbuch nichts, weil es sie mit Grund für eine Willensfrage, nicht für eine Rechtsfrage ansieht. Aus den Umständen muß erforscht werden, ob der Wille des Gebers, als der hierinn einseitiges Gesez ist, Sz. 1100 d b., oder der Wille desjenigen, der dem Dritten etwas bedungen hat, und der durch dessen Annahme gehindert werden soll, seinen Willen zu ändern, dahin gieng, daß der Dritte gleichbald, oder nach gewissen Fristen, oder erst nach dem Tode des Gebers oder des Bedingenden, solle annehmen dürfen. Wo derjenige von dessen Annahme die Rede ist, erst nach dem Tode des Gebers beziehen soll, da muß man im Zweifel die Schenkung als auf den Todesfall geschehen, ansehen, mithin annehmen, daß sie nach der Natur solcher Willensverfügungen (die in der Regel für bezweckt gilt) widerruflich, Sz. 895., und erst nach dem Tode annehmbar werden solle, Erl. II. S. 311. zumahl auch das Nemliche weiter dadurch geboten

wird, weil im Gegenstoß des Vortheils eines Erbstücknehmers (wie hier der Dritte ist) gegen jenen des Erbnehmers (welches hier der überlebende Ehegatte ist), die Auslegung immer für den lezteren geschehen soll, also gegen solche Säze ausfallen muß, welche den Erbstücknehmer auf eine unerwiesene Absicht des Gebers hin, oder gar gegen dessen muthmasliche Absicht, begünstigen würden, noch mehr also gegen solche die ihn einschränken, ohne daß er sich einer solchen Einschränkung unterwerfen zu wollen, erklärt hatte, Sz. 1100 dd.

85.

Aenderung der Schenkungen an Dritte.

Wenn in einer Eheberedung die Gatten einander auf den Todesfall zu Erben sezen, und an dritte Personen Schenkungen darinn machen, hintennach aber diese Schenkungen widerrufen, dann entsteht häufig über dergleichen Widerruf Streit. Daß vorerst ein in der Form gültiger Widerruf vorhanden seyn müsse, wenn er wirken soll, Sz. 1035 und 1038., wird vorausgesezt: aber auch so noch scheint ihm entgegen zu stehen, daß die Vergebung des Vermögens auf den Todesfall, (welche sonst nur widerruflich ist, Sz. 895.,) wenn sie durch Eheberedung geschieht, für unwiderruflich gilt, Sz. 1083., woraus zu folgen scheint, es müsse dieses nicht nur von dem Erbvermächtniß an den überlebenden Ehegatten, sondern auch von den Nebenvermächtnissen an Dritte gelten, da sie Nebensachen zu jenem als der Hauptsache sind, die dem Schicksal der lezteren zu folgen pflegen. Allein diese

Nachfolge leidet manche Ausnahmen, zumahl da, wo die Nebensache etwas für sich bestehendes ist, das nur zufällig in das Verhältniß zu einer andern als Hauptsache zu stehen kommt, wie ein solches Nebenvermächtniß zum Hauptvermächtniß. Dagegen sagt Saz 1121. klar, wer für einen Dritten — sey es nun in Folge einer für sich erlangten Zusage, oder einer einem Andern gemachten Schenkung — etwas bedungen hat, der könne nicht abgehen, wenn der Dritte es angenommen hat, also umgekehrt kann er abgehen so lang diese Bedingung nicht eingetreten ist. Hieraus folgt, daß allein durch die Einrückung in einen Ehevertrag jenes Geschenk oder Vermächtniß an Dritte noch nicht unwiderruflich wird, daß solches es aber durch Annahme des Dritten werden könne, wenn die Absicht der Eheleute ist und ihm kund gethan wird, daß er bey ihrer beeder Lebzeiten es annehmen dürfe. Auf den Widerrufsfall ist nachmals ein solches Vermächtniß in einer Eheberedung zu behandeln, wie eine zur weiteren Verfügung vom Schenker vorbehaltene Summe, die bey eingetretenem Widerruf einer ersten Verfügung, wo nicht eine weitere gültige nachfolgt, dem lebenden Ehegatten als Hauptbeschenkten zufällt, Sz. 1086.

86.

Aufhebung der für Dritte eingegangenen Verträge.

So klar der Saz 1121. entscheidet, daß ein von jemand für einen Dritten angenommener oder bedungener Vortheil, so lang ihn dieser nicht angenommen hat, von jenem durch

einen Gegenvertrag mit demjenigen, mit welchem der erste Vertrag gemacht war, aufgehoben werden könne, vergl. Leyser DXIX. Med. 5., so gewiß fällt jedoch dieses weg, sobald der bedingende oder annehmende Theil dabey als Geschäftsführer auftrat und auftreten konnte, d. h. sobald dieses Ausbedingen als Fortführung eines dem Andern angehörigen oder von ihm schon angefangenen Geschäfts erscheint (St. 157.) Hier hängt alles von der Nüzlichkeit der Aufhebung ab. Nur da, wo die nachmahlige Aufhebung eben so gut als die erste Ausbedingung für eine nüzliche Geschäftsführung gelten kann — welches nur alsdann gedenkbar ist, wenn inzwischen wichtige Veränderungen eingetreten sind, die bewirken, daß der vorhin bezweckte Nuzen für den Geschäftsherrn nun keiner mehr ist — nur da würde sich die Wieder-Erlassung eines dem Herrn durch den Geschäftsführer erworbenen Vortheils als rechtsbeständig rechtfertigen lassen.

87.

Wirkung des gehemmten Rechtsverkehrs.

Ein Ausländer hatte eine Waare in einem Lande gekauft, wo zum Theil vor der Ausfuhr, zum Theil selbst vor der Lieferungszeit, aber immer doch erst nach völlig berichtigtem Kauf und nach zum Theil schon bezahltem Kaufschilling, ein Ausfuhrverbot ergieng, das den Waarenpreis sehr fallen machte. Nun entstand die Frage: kann der Verkäufer die Abnahme des noch nicht gelieferten Theils und die Zahlung des Kaufschillingsrests, oder kann der Käufer die Befreyung vom Kauf und die Rückerstattung des gezahlten

Kaufschillingstheils verlangen? Nach dem was Leyser CXC. Med. 2. über einen ähnlichen Fall nach römischem Recht auszuführen bemüht ist, würde der Kauf als nichtig anzusehen seyn, und der Käufer seinen gezahlten Kaufschillingstheil gegen die WaarenRückgabe zurückerhalten, weil durch jenes Ausfuhrverbot die Sache außer Rechtsverkehr gekommen sey, und dieses nicht als ein solcher Zufall behandelt werden dürfe, der auf den Käufer falle, wie der Untergang der Sache betrachtet wird, sondern als eine Ursache zur Zernichtung des Kaufs. Der leztgedachte Unterschied zwischen dem natürlichen Untergang und der Sezung außer Rechtsverkehr, welche ein rechtlicher Untergang ist, kann nach dem Napoleonischen Recht nicht statt finden, welches durchaus die Wirkung von beeden gleich stellt, nemlich daß kein Vertrag zu Stand kommt, wenn jener Untergang schon zur Vertragszeit vorhanden war, Sz. 1126. und 1128., auch 1601. (vergl. mit 1974. als Anwendung des ersteren Sazes vom natürlichen Untergang), und daß bey später erst erfolgendem Untergang die Verbindlichkeit erlöscht, deren Gegenstand von einem Untergang der einen oder der andern Art betroffen wird, Sz. 1302. Wäre also im vorliegenden Fall der Vordersaz richtig gewesen, daß die Sache durch ein solches Ausfuhrverbot außer Rechtsverkehr gekommen sey, (wie das z. B. der Fall gewesen seyn würde, wenn der Kaufgegenstand englische Waare gewesen wäre, deren Verkauf überall untersagt, und die Vernichtung dessen was zum Verkauf auf Mehrschaz vorräthig gefunden ward, verordnet wurde,) so würde nach unserem Recht haben gesagt werden müssen, a.) der Kaufhandel ist keineswegs nichtig, weil zur Zeit des Verkaufs die Waare noch

nicht

nicht außer Rechtsverkehr war, b.) der Käufer war Eigenthümer nicht nur von der gelieferten Waare, sondern auch von der ungelieferten, sofern diese zu ihrer Bestimmung nicht noch einer Zuwägung oder dergleichen etwas bedurfte, Sz. 1583 und 1585., c.) als solcher trägt er den Verlust, der aus dieser spätern Untersagung des Rechtsverkehrs entsteht, Sz. 1525. und 1624., vorausgesezt, daß der Verkäufer in keinem Lieferungsverzug war, Sz. 1138.; mithin d.) kann der Käufer die rückständige Waarenlieferung nicht mehr fordern, Sz. 1302., und bleibt dem ungeachtet schuldig, den Restkaufschilling zu bezahlen, da von dieser Verbindlichkeit der Gegenstand, nemlich das Geld, nicht außer Rechtsverkehr gekommen noch untergegangen ist, auch kann e.) dieser Behauptung nicht entgegen gehalten werden, daß der Verkäufer dadurch unbilliger weise Waare (nemlich deren noch unabgelieferten Theil) und Preis (nemlich das rückständige Kaufgeld) zugleich in Händen behalte, indem die Waare durch den gänzlich untersagten Rechtsverkehr und gedrohten Untergang allen Werth verliert, und so gut als nicht vorhanden anzusehen ist, auch in den Händen des Käufers eben so gut untergegangen wäre, mithin den Verkäufer selbst dann, wann er in Lieferungsverzug gewesen wäre, nicht belasten kann, es müßte dann dieser erweisen können, daß er sie im Fall des richtigen Empfangs noch vor eingetretenem Verbot erlaubter Weise hätte aus der Lage bringen können, von solchem betroffen zu werden, wo alsdann allerdings der Käufer den Restkaufschilling würde zurückhalten, auch nach Befinden des Schadens weitere Entschädigung fordern können, Sz. 1611.

Ganz anders aber verhält sich die Sache in jenem Fall, der im Eingang dieses Stücks unterstellt ist, wo nur die Ausfuhr außer Landes verboten wird. Dieses wird — im Frieden sey es gesagt — von Leyfern mit Unrecht für eine Aufhebung des Rechtsverkehrs genommen. Dadurch daß etwas aufhört Gegenstand für den ausländischen Handel zu seyn, hört es noch nicht auf Gegenstand von Kaufsverbindlichkeiten überhaupt zu seyn, was doch zum Nichtdaseyn des Rechtsverkehrs wesentlich erforderlich wäre, Sz. 1128. Nur bedingt kann man hier vom Nichtdaseyn des Rechtsverkehrs sprechen, mithin auch nur unter den Schranken der Bedingung die Lehre über dasselbe anwenden. Blieb die Sache Handelsgegenstand, und Gegenstand eines Rechtsverkehrs an sich, so ist hier weder ein natürlicher noch ein rechtlicher Untergang vorhanden, sondern es ist nur die durch die Sperre erfolgende Entwerthung eine Verschlimmerung der Sache durch Zufall, die auf dem Eigenthümer bleibt, ohne etwas an den Verbindlichkeiten zu ändern. Auch hier würde also der Verkäufer, obwohl aus veränderten Gründen, mit Recht verlangen, daß der Käufer die noch rückständige Lieferung annehme, und den noch rückständigen Kaufschilling erstatte; diesem würde nichts übrig bleiben, als die Waare im Lande so gut er kann, zu verkaufen, und den Schaden des Minderwerths auf sich zu leiden. Für diese Ansicht und Entscheidungsart spricht der ASz. 92 a b., Denn ob er wohl sagt: Eine Waare, deren Einfuhr oder Ausfuhr verboten wird, kommt dadurch in dieser Beziehung außer Handelsverkehr, so genügen doch die Worte: in dieser Beziehung, um den Willen des Gesezgebers deutlich zu machen, daß sie nicht überhaupt außer Rechts-

verkehr seyn sollen, wie dann auch der Nachsaz, daß der Kaufbesorger in einem solchen Fall die Verfügung des Bestellers über die Waare abwarten soll, vollends deutlich macht, das Gesez wolle den vorhergegangenen Verkauf nicht durch das vor der Absendung dazwischen getretene Ausfuhrverbot für vernichtet geachtet wissen. Dawider wird vergebens gesagt, der Ausländer habe nur zur Ausfuhr erkauft, und es sey folglich durch jene Veränderung die Vertragsursache weggefallen, und die Sache bedingt für den Fall wofür sie erkauft worden, außer Rechtsverkehr gekommen, Erl. III. S. 43. Denn einmahl war die Ausfuhr wohl seine einseitige, aber nicht die gemeinsame VertragsUrsache, welche leztere doch allein auf den Rechtsbestand des Vertrags Einfluß hat, Erl. III. S. 48., zum andern kann eine Aenderung der Umstände die erst hintennach die Vertragsursache vereitelt, noch für sich allein keineswegs die Vertragswirkung beseitigen, Sz. 1234 a.; zum dritten kann durch die einseitige Absicht einer Vertragsperson der Vertrag selbst nicht bedingt werden, sobald man sich vom Gegentheil deren Daseyn und Gewährleistung nicht ausbedingt.

88.

Entsagung auf Errichtung lezter Willen.

Die Entsagung auf Errichtung lezter Willen, war nach römischen Recht ungültig, L. 15. C. de Pactis, L. 4. C. de inutil. stipul. Der Gerichtsgebrauch hatte in Deutschland ihre Gültigkeit aus dem Grundsaz: ein Wort

ein Wort, ein Mann ein Mann, abgeleitet, Leyser CCCLII. Med. 6. und ebenso die damit zusammenhängende Wirksamkeit der Verträge, wodurch man der Aenderung eines lezten Willens entsagt, begründet, Leyser CCCLIX. Med. 8. Nachdem das französische Recht jener Heiligkeit der Verträge auch huldigt, Sz. 1134.; nachdem es die Vorgunst abschaft, welche das römische Recht dem Erbgang aus lezten Willen vor dem gesezlichen verliehen hatte, und welche der Grund zu jenem Verbot der Entsagungen war, Erl. III. S. 395., nachdem es auch nirgends jene römische Verbote wiederholt; so möchte man denken, diese Entsagung auf Errichtung oder Aenderung der lezten Willen, wäre erlaubt: dennoch würde dieses weit gefehlt seyn. Das Verbot aller Arten der Erbverträge, Erl. II. S. 376., gibt schon zu erkennen, daß unser Rechtsbuch mit sich selbst im Widerspruch stünde, wenn es jene Entsagung erlauben wollte, daß sie folglich seinem Geiste ganz entgegen sind. Dieselben würden geradezu das Mittel werden, Erbverträge verdeckterweise zu errichten; denn der gesezliche Erbe, der sich die Erbschaft sichern wollte, dürfte nur einen Vertrag mit dem Erblasser eingehen, daß dieser keinen lezten Willen machen solle, und der NichtErbe der die Zuwendung einer Erbschaft sich vergewissern wollte, dürfte den Erblasser nur bereden, einen lezten Willen zu seinen Gunsten zu machen, und nachmals einen Vertrag mit ihm eingehen, daß er seinen lezten Willen nicht ändern solle. Solche Schleichwege, wodurch eine geradezu verbotene Handlung in Erbverhältnissen verdeckterweise zu Stand kommen soll, verbieten die Gesezze, Erl. III. S. 340. 517. Auch mag wohl bey dem Verbot des Verzichts auf Aenderung eines lezten Willens

Digitized by Google

niemand leicht die Anwendung jener Lehre bezweifeln, weil sie immer noch ziemlich buchstäblich ein Vertrag des Erben über eine noch nicht angefallene Erbschaft ist, also unter den Sz. 1130. einläuft. Aber die Zusage keinen lezten Willen zu errichten, ist vielleicht nicht eben so ausdrücklich ein Vertrag über eine unangefallene Erbschaft zu nennen. Inzwischen wer auch hieran noch Anstoß nähme, den muß folgendes überzeugen. Das Gesez sagt: durch lezten Willen kann jeder geben, den das Gesez nicht für unfähig erklärt, Sz. 902. Das Gesez erklärt den Stammgutsbesizer in Bezug auf Stammgut für unfähig zu Errichtung lezter Willen, Sz. 577 c v., aber es nennt nirgends den unfähig, der einmahl dieser Befugniß entsagt hat; folglich hat der, wer dieses gethan hat, die allen Staatsbürgern durch das Gesez gegebene Befugniß, einen lezten Willen zu errichten, nicht verloren; er kann damit Andere bedenken, ohne daß ihm der Einwand der Unfähigkeit entgegen stünde. Den Einwand der Entsagung aber kann der gesezliche Erbe dem Eingesezten nicht entgegen stellen, weil sie gegen lezteren nicht geschehen, noch von ihm angenommen ist, also für ihn ein Vertrag unter Dritten bleibt, der auf ihn seinen Wirkungskreis nicht erstreckt, Sz. 1165.

89.

Ersaz des Flozschadens.

Wenn zu Einrichtung der Flozbarkeit eines Flusses das Eigenthum eines Privatmanns genommen werden muß, so kann dieser sich nicht weigern, es herzugeben, aber der

Digitized by Google

Staat muß ihn zuvor hinlänglich entschädigen, dieses bringt Sz. 545. mit sich, Erl. I. S. 391. Das gleiche kann so schlechterdings nicht auf jenen Schaden übertragen werden, den der Gebrauch einer eingerichteten Flozstraße durch sich selbst und ihren ordnungsmäßigen Gebrauch herbeyführt: bey dessen Ersaz handelt es sich um eine Frage des Verhältnisses des Staatsgebiets zu den RegentenRechten — indem das Flozrecht ein Staatsrecht ist, seitdem die flozbaren Flüsse ihm angehören, Saz 538. — mithin um eine staatsrechtliche Frage, deren Beantwortung aus der Grundverfassung jedes Staats erkannt werden muß, und wobey der Schaden ebensowohl als Folge einer Staatsdienstbarkeit von der Art, wie z. B. jene des Leinpfads ist, Sz. 650., unersezt bleiben kann, wenn es die Staatsgeseze allgemein so mit sich bringen. Daß übrigens auch alsdann derjenige Schaden, welcher durch einen unordentlichen oder unvorsichtigen Gebrauch der Flozstraße veranlaßt wird, erstattet werden müsse, theils von dem, der ihn durch seinen Unverstand oder Nachlässigkeit veranlaßte, theils von dem, der diesen für seinen Vortheil dazu anstellte, versteht sich als Folge aus dem Saz 1383. und 1384. von selbst. Nur da wird die Frage vom Schadens-Ersaz verwickelter, wo von einem zufällig verursachten Schaden die Rede wird, z. B. wenn eine unvorgesehene Ueberschwemmung das am Ufer aufgethürmte Flozholz fortführt, und damit im Fortreißen ein und anderen Ufernachbarn Schaden zufügt. Man muß hier voraussezen, daß die Ueberschwemmung keine solche sey, die nach Zeit und Ort landgewöhnlich ist, oder dann, daß dagegen in Aufthürmung des Holzes landgewöhnliche Vorsichten genommen worden: sonst würde der Schaden nicht für bloß zufällig, sondern für verschuldet

gelten. Aber wo er nun wahrhaft zufällig ist: da lassen sich dreyerley Meynungen aufstellen, entweder a.) der Schaden muß von allen Ufernachbarn, die er trifft, als ein Zufall getragen werden, oder b.) der Schaden muß jedem Ufernachbar von dem HolzEigenthümer, als Folge einer durch sein Eigenthum verursachten Beschädigung, ersezt werden, oder endlich c.) der Schaden wird nur demjenigen ersezt, auf dessen Boden Flozholz liegen bleibt, und nur so weit als der Eigenthümer dieses an sich ziehen will. Das leztere ist diejenige Meynung die aus Gegeneinanderhaltung L. 7. §. 1. und L. 24. §. 3 ff. damn. inf. auch L. 5. §. 4 ff. ad exhib. für richtig nach römischem Recht geachtet wird, Cocceji J. C. L. XLI. P. 1. Q. 13. In dem Napoleonischen Recht hat diese leztere Meynung die wenigste Haltung: denn das Befinden einer schadenbringenden Sache auf des beschädigten Eigenthum, gibt zwar allerdings ein Recht zur Pfändung bis zur Berichtigung der Schadensverbindlichkeit, Erl. IV. S. 116.: aber Pfändung sezt eine für sich bestehende Schadensverbindlichkeit voraus, keinesweges begründet es eine solche. Das Nemliche ist zu sagen von der Heimschlagung zum Ersaz, welche das Landrecht und noch dazu nur für jenen Schaden, der durch lebende Sachen eines Andern zugefügt wird, angenommen hat, Erl. III. S. 299. Man muß daher zwischen Einer der beeden übrigen Meynungen wählen, und wer hier an die Regel denkt: den unveranlaßten Zufall trägt jeder welchen er trifft, und so weit er ihn trifft, Erl. III. S. 304., und an die weitere Regel: im Zweifel ob ein Ereigniß Zufall oder Verschuldung sey, muß es für Zufall gelten, wenn nicht ein Gesez es um seiner Natur willen als

Folge einer Verschuldung muthmaslich anzusehen befiehlt, Allda S. 307., der wird nicht anstehen können, sich für die Behauptung zu erklären, daß in dem angegebenen Fall der FlozholzEigenthümer vom Ersaz frey sey, so lang nicht der Beschädigte eine vorausgegangene unrechte oder unvorsichtige That, welche Anlaß des Zufalls geworden, beweiset.

90.

Wirkung eines richterlichen Beschlags auf den Zinslauf.

Weder im alten noch im neuen Recht entscheidet ein bestimmtes Gesez die Frage von der Wirkung eines richterlichen Beschlags auf den Zinslauf. Für die billigste Meynung ward geachtet, daß so wie bey einer Nichtzahlung wegen Inbehaltungsrechts, Mevius VII. Dec. 368., also auch in BeschlagsFällen gesezliche und unbedungene Zinsen fortlaufen, so lange der Schuldner sich des Mittels der Darlegung und Hinterlegung nicht bedient, die Verzugszinsen hingegen durch den Beschlag wegfallen, Leyser Spec. 243. Med. 10. Puffendorf P. III. Obs. 170. Struben IV. 102. Der erste Saz ist nun auch im neuen Recht keinem gerechten Zweifel unterworfen, und die Ausnahme welche Leyser l. c. Med. 2. zu Gunsten jenes Schuldners macht, der beschwören wollte, daß er das Geld nach dem Beschlag nicht weiter benuzt hätte, müßte wegfallen, da der Sz. 1257. nur die Hinterlegung, keineswegs einen bloßen Nichtgebrauch für ein Enthebungsmittel von schuldigen Zinsen er-

Digitized by Google

klärt, vergl. Leyser CCXI. Med. 5. Aber bey dem zweyten wegen der VerzugsZinsen kann man unterscheiden, ob der Verzug schon angefangen hatte, und durch den Beschlag nur fortgesezt wurde, oder ob er während dem Beschlag erst beginnen soll. Der erste Fall ist offenbar gleichförmig mit dem, wo aus einem Vertrag oder Gesez Zinsen laufen. In beeden Fällen ist ein Rechtstitel zur Zinsforderung da, in beeden Fällen ist der Schuldner an der Zahlung gehindert, in beeden Fällen ist er nicht gehindert sich des Gebrauchs des zur Zahlung zu verwendenden Geldes in seinen Nuzen durch Hinterlegung, Sz. 1257., zu entschlagen. In beeden muß daher gleichförmig entschieden werden, daß so lang er dieß nicht thut, der bloße Beschlag ihn vom Zinslauf nicht frey mache. Aber auch im zweyten Fall, wo der Zinslauf noch nicht begonnen hatte, ist das nemliche zu sagen, sobald der Fall zu Verzugszinsen während des Beschlags wirklich eingetreten, mithin zu deren Forderung der Rechtstitel vorhanden ist; denn auch hier ist der Schuldner nicht gehindert, durch Darlegung zu zahlen, und trägt also billig die Last der Zinsen des in Händen behaltenen Gelds als SachZinsen, Erl. III. S. 448. 537. Dieses bestätigt unser LandRecht im ASz. 146 a., wo es Hinterlegung für das bey eingetretenem richterlichen Beschlag geeignete Zahlungsmittel erklärt.

Digitized by Google

91.

Zinslauf bey unrichtigen Forderungen.

Man pflegt anzunehmen, daß bey unrichtigen Forderungen, d. i. bey solchen, wo das Daseyn einer Schuld außer Zweifel, aber ihr Betrag strittig ist, vor deren Richtigstellung durch Urthel kein Zinslauf beginne, (Wernher III. Obs. 122. Mevius VII. Dec. 239., wenigstens alsdann nicht, wenn der Gläubiger so wenig als der Schuldner den Betrag früher bestimmen konnte, Struben V. Bd. 82., weil hier kein Verzug gedenkbar sey. Inzwischen ist Verzug nicht der einzige Grund woraus unversprochene Zinsen entspringen. Die Gesezе kennen auch einen Zinslauf aus Sachgründen, Erl. III. S. 448. 537. Um den Zinslauf bey unrichtigen Forderungen recht zu beurtheilen, kommt daher alles darauf an, zu unterscheiden a.) ob die Schuld aus dem Genuß einer fruchtbringenden Sache des Gläubigers, oder bloß aus Gesezen und eigenen Handlungen entsteht, sodann b.) ob ein Theil der Schuld bloß bestritten, oder der Betrag im Ganzen unbekannt ist. Wo zu a.) die Schuld aus einem solchen Genuß entsteht, deren Betrag richtigstellungsbedürftig ist, da muß der Zinslauf von der Verfallzeit der Schuld an, ab dem Betrag, den hintennach die Urthel richtig stellt, bezahlt werden, weil der Schuldner alsdann von diesem Betrag vergütungsweise die Früchte der Sache genossen hat, oder doch hat genießen können und sollen: dieses bringt die Rechtsähnlichkeit des Sz. 1652. Abs. 2. mit. Vergebens würde man hierwider einwenden, der Schuldner habe, ehe er den Betrag gekannt, nicht zahlen können,

Digitized by Google

denn wenn dem auch so wäre, so ist es genug bey einem Umsazvertrag, daß der eine Theil den Genuß der Sache gehabt hat, um dem Anderen den Genuß des Preises auch ohne Daseyn eines Verzugs zu gönnen, weil hier niemand ohne Gegenwerth etwas beziehen kann, Sz. 1104. Es ist schon eine Abweichung von den Folgen allgemeiner Grundsäze, daß dieses nur auf den Genuß früchtebringender Sachen durch das bürgerliche Recht beschränkt ist, da nach dem natürlichen Recht es eben so wohl vom Gebrauch der Sachen, d. i. vom Genuß jener die nicht früchtebringend sind, gelten sollte, weil hier ebenwohl die Zinsen der Gegenwerth des Gebrauchs so wie der Umsazpreis der Gegenwerth des Eigenthums sind. Jene Beschränkung muß streng in ihren Grenzen bleiben. Wo daher eine Sache früchtebringend war, muß der Zinslauf von der erst später richtig gestellten Forderung gleich vom Anfang des Genußrechts an gezahlt werden. Dieß würde z. B. der Fall seyn, wenn jemand eine fruchtbringende Sache um einen durch Dritte zu schäzenden Werth verkauft und einstweilen gleich übergeben hätte, und nachmals die Berichtigung der Schäzung durch einen darüber entstandenen Streit lang anstünde: sobald durch Urtheil über die Gültigkeit der Schäzung der Betrag des Preises richtig gestellt ist, so müssen davon die Zinsen rückwärts vom Tag der überlieferten Sache an, berechnet werden. Nur da, wo die Schuld überall kein Gegenwerth oder doch nur ein Gegenwerth einer nicht fruchtbringenden Sache ist, da kommt es darauf an, daß ein Verzug vorhanden sey. Wo es nun aber auf diese Betrachtung ankommt, da ist zu b.) deswegen der Schuldner noch nicht gleich zinsfrey, wenn ein Streit über den Betrag obwaltet. Geldschulden

Digitized by Google

sind natürlich theilbar, sobald nicht ein bürgerliches Hinderniß ihrer Theilbarkeit in den Weg tritt: bey natürlich theilbaren Schulden ist die Zahlung eines unstrittigen Theils einer Forderung Recht und Pflicht, Sz. 1244 a.; hat also ein durch Mahnung oder Vertrag in Verzug gesezter Schuldner jenen Theil nicht bezahlt, sondern das Ganze bis zur Richtigstellung des strittigen Theils unbezahlt gelassen, so muß er die Verzugszinsen hiervon unstrittig zahlen. Ferner wenn zwar der ganze Betrag streitig ist, aber nicht deswegen, weil der Schuldner alle Schuldigkeit abläugnet, sondern weil er die angegebene Größe bestreitet, und einen bestimmten oder unbestimmten kleineren Betrag behauptet, da ist derjenige welcher einen bestimmten kleineren Theil zugibt, offenbar in gleichem Fall mit dem vorigen, weil ein Theil seiner Schuld durch dieses Zugeben richtig gestellt wird, und der wer nur einen unbestimmten kleineren Theil zugibt, der ist wenigstens immer im Fall dafür eine gewisse seinem Ermessen nach billige Summe mit dem Erbieten der etwa nöthigen Ergänzung zu zahlen oder darzulegen, vergl. Sz. 1258. Abs. 3. Thut er dieses nicht, da er doch dieses sich bewußt ist Schuldner zu seyn, so legt er damit einen Beweis ab, daß er das Seinige nicht thun will, um seiner Schuld sich zu entledigen, das heißt, daß er im Verzug ist, und zahlt alsdann billig Verzugszinsen vom Ganzen, wornach also die Entscheidung des bey Berger Dec. 143. zu lesenden Falls jezt ganz anders ausfallen müßte. Bewirkt er aber jenes Anbieten der Theilzahlung, alsdann erst ist er frey von der Zinszahlung jenes Mehrbetrags, den die Richtigstellung seiner Schuld am Ende ausweiset.

Digitized by Google

92.

Geldwerth bey Verzugszahlungen.

Bey allen Verbindlichkeiten aus gewinnenden und erwerbenden Rechtsgeschäften ist der Geldwerth bey der Zahlung nach dem Nennwerth der Schuld zu nehmen, (St. 69. 181. 216.) in Sorten, welche zur Zahlungszeit im Umlauf sind. Wie aber wenn der Schuldner nicht zur rechten Zeit zahlt, und nun zwischen den Verfalltag als der gesezlichen Zahlungszeit und dem wirklichen Zahlungstag eine Münzveränderung eingetreten ist? Die Allgemeinheit des Ausdrucks im Sz. 1895. in den Worten: vor der Zahlungszeit scheint auch hier die strenge Anwendung des Gesezes zu fordern, da man sonst hätte sezen können: vor dem Verfalltag; die Natur des Verzugs aber widersezt sich diesem eben so strenge, nach welcher durch ihn niemals auf den Gläubiger sondern stets auf den Schuldner der Schaden kommen muß, der doch auf jenem Weg oft dem Gläubiger zufallen würde. Der richtige Ausweg findet sich durch die Bemerkung, daß eine Schuld und ihre Zugehörden, wohin auch ein Verzugs-Schaden gehört, verschiedene obwohl verbundene Dinge sind. Allerdings nemlich ist die Schuld — und von dieser allein spricht Sz. 1895. — gültig getilgt, sobald auch in der spätern Zahlungszeit der Schuldner seine Schuld und die etwaige bis zur Verfallzeit schuldige Zinsen nach dem Nennwerth abträgt, aber damit ist die VerzugsEntschädigung noch nicht bestritten. Der Gläubiger hat desfalls für das Erste gewiß noch die weitern Verzugszinsen vom Kapital und selbst von den Zinsen kraft Sz. 1153. zu fordern,

Digitized by Google

und so kann ihm auch jenem erstgedachten Gesez unbeschadet noch eine weitere für einen Geldabschlag werden. Nur fragt sich ob solches auch unbeschadet des lezterwähnten Gesezes geschehen könne? Dieses scheint darum Anstand zu haben, weil dieses sagt die Entschädigung bey Verbindlichkeiten, welche auf die Zahlung einer gewissen Summe beschränkt sind, bestehen allemahl nur (also beschränkungsweise gesprochen) in den gesezlichen Zinsen, außer bey Bürgschaften und Handelsgeschäften. Nach dem Grundsaz, daß Ausnahmen die Regel für alle unausgenommene Fälle befestigen, mag man sagen, in unserem Fall könne ebenfalls außer den Verzugszinsen nichts gefordert werden. Allein anderwärts Erl. III. S. 98. wurde schon bemerkt, daß hier nach der Absicht jenes Gesezes obiger Grundsaz nicht anzuwenden sey. Denn nach dem Sz. 1152. tritt im Fall eines vorhandenen Strafgedings, und nach Sz. 1846. bey dem GesellschaftsEinbringen eine gleiche Ausnahme ein, obwohl ihrer im Sz. 1153. nicht gedacht ist. Dieses führt uns dahin, den Grund der Ausnahmen untersuchen zu müssen, und daraus erlernen wir, er sey darinn zu finden, weil in diesen ausgenommenen Fällen zwar nicht jedesmahl, aber doch häufig außer dem entgangenen gewöhnlichen Gewinn von dem Gebrauch des Geldes noch ein weiterer Gewinn entgeht, oder ein weiterer wirklicher Verlust zuwächst, die Regel des Sz. 1153. aber nur von dem entgehenden gewöhnlichen Gewinn aus dem Gebrauch des Geldes gemeynt war, welches sich daraus bestätigt, daß dabey ausdrücklich erwähnt ist, diese im Gesez genannte Entschädigung solle zugesprochen werden, ohne daß der Gläubiger irgend einen Verlust zu beweisen brauche. Kann und will derselbe also außer dem entgan-

Digitized by Google

genen gewöhnlichen Gewinn einen weiteren Schaden beweisen, (der aber in einem solchen Fall nicht in bloßen möglichen besseren Geldverwendungen, also in einem entgangenen ungewissen höhern Gewinn, sondern in einem im Recht schon sicher begründeten höheren Gewinn oder in Vermeidung einer VermögensVerminderung also in jedem Fall in einem wirklichen Verlust bestehen muß,) so steht ihm der Geist jenes Gesezes hierinn nicht im Wege, und die Rechtsähnlichkeit der ausdrücklich geordneten Ausnahmen berechtigt und verpflichtet uns für diesen Fall auch eine solche anzuerkennen. Uebrigens bleibt in dieser Ansicht die Wirkung des Gesezes noch immer verschieden von jener Fassung, welche gesagt haben würde, daß nach dem Nennwerth des Verfalltags zu zahlen sey. Denn alsdann würde der Schuldner schlechtweg verbindlich geworden seyn, die innere GehaltsVerschiedenheit aufzubessern. Als SchadensErsazforderung kann hingegen nur das in Anrechnung kommen, was man mit dem gleichen Nennwerth in der jüngeren Zeit weniger erwerben kann, und dieses ist laut aller Erfahrung niemals in gleichem, sondern fast immer in geringerem Verhältniß mit der Gehaltsverschiedenheit, wo z. B. diese $\frac{1}{3}$ beträgt und um so viel der innere oder bey Papiergeld der laufende Werth gegen dem Nennwerth gesunken ist, und man also jezt im Handel und Wandel etwas mit 6 fl. bezahlen sollte was man vorhin mit 4 fl. bezahlte, wird es sich finden daß man dennoch mit 5 höchstens mit $5\frac{1}{2}$ fl. das Nämliche wie zuvor ausrichten kann, weil aus Ursachen, die tief in der Natur des Handels und Wandels liegen, der Waareninhaber niemals ganz in dem Verhältniß aufschlagen kann, in welchem der innere Werth des Geldes abschlägt. Daher ist dann

Digitized by Google

auch der Schaden bey einer Zahlung von 6 fl. nur 1 oder 1½ fl. indessen er nach der GehaltsVerschiedenheit 2 fl. seyn sollte.

93.

Ansprüche eines Gläubigers an den Schuldner seines Schuldners.

Ausgemacht ist es, daß ein Schuldner dem Gläubiger seines Gläubigers gültig zahlen könne, so weit er damit das Beste des Leztern befördert, Sz. 1239., d. h. so weit dessen Forderung richtig und verfallen, und dem unmittelbaren Gläubiger das Geld nicht für andere dringendere Bedürfnisse nöthig war, Erl. III. S. 175. Ausgemacht ist es ferner daß der Gläubiger die Forderung seines Schuldners an einen andern Schuldner zu seiner Befriedigung ausklagen könne, Sz. 1166., d. h. wenn es um Wiedererhaltung eines bestimmten Stücks zu thun ist, die nur durch die Benuzung jener Klage möglich wird, oder wenn kein andrer Zugriffsgegenstand vorhanden ist, als jene Forderung, Erl. III. S. 110. Aber einige Folgesäze die das römische Recht an diese Hauptsäze anreihte, verdienen nähere Erwägung nach unserem Recht. Man sagte a.) der Gläubiger kann wettschlagen mit dem Schuldner seines Schuldners, was jener diesem, und dieser hinwiederum ihm dem Gläubiger schuldet, z. B. A. hat an den B. 100 fl. zu fordern, B. an den C. auch 100 fl., und A. ist dem C. 100 fl. schuldig, wenn nun C. an den A. seine 100 fl. fordert, so kann A. dagegen die Schuld des C. an den B. wettschlagen,

weil

Digitized by Google

weil B. an A. eben so viel schuldig ist, Cocceji J. C. L. XLIX. q. VII. q. 7. Nro. 3. Dieses geht jezt so leichter Dingen nicht an. Denn einmahl können zwar die Forderung des C. an A. und die Schuld des C. an B. gegeneinander über zu stehen kommen, wenn B. seine Forderung an C. dem A. an Zahlungsstatt übergibt, und dadurch A. in die Rechte des B. eintritt; aber für sich selbst und ehe solches geschehen ist, ist der Fall nicht vorhanden, daß zwey Personen, hier A. und C. als gegenseitige Gläubiger und Schuldner im Doppelverhältniß stehen, wie es Sz. 1289. fordert, auch könnte gegen das Verbot im Sz. 1298. eine solche Wettschlagung leicht zum Nachtheil dritter Personen (hier des mitten inne stehenden B.) gereichen, dem daran gelegen seyn kann, daß seine Schuld an den A. nicht für den C. wettgeschlagen werde, weil er z. B. selbst Gelegenheit zur Wettschlagung mit A. hat. Jene Wettschlagungsart könnte also nur da angehen, wo der mitten inne stehende wechselseitige Gläubiger und Schuldner (hier B.) einwilligt, oder wenn A. vom B. an Zahlungsstatt dessen Forderung an C. im Zugriffsweg gepfändet hat.

Man sagte b.) der Gläubiger kann Sachen, welche dem Schuldner seines Schuldners gehören, für die Forderungen innebehalten, die er an seinen eigenen Schuldner hat, Cocceji l. c. Nro. 8. Auch dieses kann wiederum nur unter ähnlichen Beschränkungen statt finden. Man kann nur wegen verwandter Schulden innebehalten, Erl. III. S. 544. und IV. S. 114.: daraus folgt, daß gegen den Willen des AfterSchuldners nur diejenige Sache desselben vom Hauptgläubiger innebehalten werden könne, welche der Forderung des Hauptschuldners an den AfterSchuldner eben so wohl

als jener des Hauptgläubigers an den Hauptschuldner verwandt ist, z. B. ein Uhrenmacher hätte auf eine Stockuhr Reparationskosten an A. zu fordern, dieser verkaufte die Uhr an B. auf Kredit, B. gäbe sie nun dem Uhrenmacher zu neuen Reparationen, dann würde dieser sie nicht nur für die neue, sondern auch für die ältern Reparationskosten innebehalten können, weil diese Schuld des A. an den Uhrmacher so gut, wie jene des B. an A., von der Uhr herrrührt: aber eine andere Uhr die der B. vom A. gekauft hätte, und nun dem Uhrmacher zur Ausbesserung gäbe, würde dieser nicht für jene ältere Reparationsforderung innebehalten, sondern nur bey übrig gleichen Umständen auf deren ausständigen Kaufschilling Beschlag suchen können.

94.

Gefährde der Gläubiger in belasteten Verträgen.

Nach dem römischen Recht waren belastete Verträge nur alsdann ungültig, wenn sie nicht nur a.) eine Gefährde der Gläubiger enthielten, sondern auch b.) der Dritte, mit dem sie geschlossen waren, Theilnehmer dieser Gefährde war, L. 6. §. 8 ff. quae in fraudem credit. und nur darinn waren die Meynungen verschieden, ob die gefährdende Absicht des Dritten immer bestimmt zu erweisen, oder zuweilen zu vermuthen sey, Leyser CCCCXCIV. Med. 15. In dem Code Napoleon ist ein Mitwissen des Dritten um die Gefährde nicht namentlich erfordert, und es kommt daher auch darauf nicht an, wenn nur Absicht zu gefährden bey dem Schuldner und Erfolg der Gefährde vorliegen, Erl. III.

S. 111 — 114. Hierwider hat man einwenden wollen, das Handelsrecht A.Sz. 212. wolle nur jene Handelsgeschäfte durchaus vernichtet wissen, wo der Dritte mitwissend um die Gefährde war, bey den übrigen lasse es nur alsdann, wann daran noch nichts vollzogen ist, und daraus gegen die Masse geklagt werden will, den Einwand der muthmaßlichen Gefährde so lang zu, als nicht der Kläger die Aechtheit des Geschäfts beweiset. Allein dieses hat in der Natur des Handels seinen Grund der ein schnelles Fortrücken des Eigenthums von einer Hand in die Andere fordert und ist deswegen dort namentlich nur auf Handelsgeschäfte ausgesprochen. Bey andern Rechtsgeschäften der Handelsleute, wovon ASz. 211. spricht, ist nichts von jenem Mitwissen abhängig gemacht, mithin muß es hier, und noch mehr außer HandelsGanten nirgends darauf ankommen. Dieses ist auch ganz billig, denn ein belasteter Vertrag kann nur alsdann einen gefährdenden Erfolg in sich haben, wann Gabe und Gegengabe in unrichtigem Verhältniß stehen. Veranlaßt nun dieses der Schuldner mit Vorsaz: so ist es sehr gerecht, daß dieser dem Dritten zugewendete Vortheil nicht auf Unkosten der Gläubiger gültig bleibe. Jener kommt dadurch nicht zu kurz, denn bis zu Gehabung seiner Gegengabe hat er immer das Inbehaltungsrecht.

95.

Empfangnahme zur Gefährde der Gläubiger.

Eine Aeußerung in meinen Erl. III. S. 114. hat zu Mißverstand durch eine etwas zu allgemeine Fassung Anlaß gegeben. Dort heißt es nemlich: „eine Zahlung an den Gemein-

„schuldner, welche als Gegengabe einer Veräußerung geschah, „die von den Gemeingläubigern wegen Gefährde umgestoßen, „worden ist, könne den Gemeingläubigern, da sie in eige„nem Namen rückrufen, nicht entgegengehalten wer„den, so weit sie nicht der Vermögensmasse zu gut gekommen „sey.“ Bey Niederschreibung dieser Stelle lagen die Gesetze im Blick, welche sagen, daß derjenige, der wegen einer Sache Forderungen hat, eine Ansprache auf diese Sache so lang abweisen kann, bis ihm zuvor jene Forderungen, wegen denen er das Innbehaltungsrecht genießt, ersezt sind. Diese Einrede kommt in unserem Fall dem Käufer, dem die Gemein-Gläubiger die erkaufte Sache abfordern, nicht zu gut, weil sie solche aus eigenem Recht zurückrufen, die Zahlung hingegen ihnen nicht geschah, sondern dem Schuldner, der in Bezug auf ihre Gefährdeklage ein Dritter ist, und sie also nicht verbindlich machte, außer so weit die Zahlung durch Verwendung zur Vermögensmasse ihnen zu gut kam. Dieses ist die Meynung jener Stelle, wovon schon das Wort: entgegengehalten, die Spur gibt, das nur auf jenen Gebrauch anwendbar ist, den der Käufer gegen die Gemeingläubiger zu Beseitigung oder zum Aufenthalt ihres Rückrufs mittelst Einrede macht. In einem vorgekommenen Fall wollte solche Stelle jedoch dahin benuzt werden, um dem Käufer, der die Sache zurückgegeben hatte, und der um die Gefährde nicht mitwissend war, sofort seinen Kaufschilling gegen die Gantmasse einklagte und Zahlung in seiner Ordnung verlangte, damit nicht zuzulassen. Dieses war Unrecht! Zwar hatte der Käufer seinen gezahlten Kaufschilling, nicht als solchen, zurückzufordern, sondern als einen nach zernichteter Vertrags-Ursache von dem Gemeinschuldner zur Ungebühr gemachten Empfang:

er konnte daher nicht verlangen, die im Sz. 2102. Abs. 4. und 2103. Abs. 1. ausgesprochenen Vorzüge des Kaufschillings in der Gant zu genießen: aber eine gerechte Forderung an den Schuldner hatte er immer, die also auch aus dem Gantvermögen an jenem Ort zur Zahlung kommen mußte, welcher allen unbevorrechteten Schulden angewiesen ist. Vergebens wurde dagegen angezogen, die Empfangnahme des Gemeinschuldners gehe dessen Gläubiger, die aus eigenem Recht handelten, nichts an: diese handeln nur aus eigenem Rechte in Absicht des Zurückrufs des Kaufvertrags, den der Gemeinschuldner, der ihn gefährdevoll eingegangen hatte, nicht hätte umstoßen können, und dessen Anfechtung ihnen also nur dadurch möglich wurde, daß ihnen das Gesez ein eigenes Recht des Rückrufs gab. Daraus folgt ganz richtig, daß der Käufer seine Gegenforderung des rückzugebenden Kaufschillings ihnen hier im Rückrufsprozeß nicht entgegen halten konnte: aber das folgt nicht daraus, daß er keine Rückforderung an den Gemeinschuldner habe, oder daß er sie nicht in dessen Gant, gleich andern Gläubigern geltend machen könne. Da nun allen übrigen Gläubigern kein Beweis obliegt, daß die Masse durch ihre Forderung noch jezt reicher sey, so konnte auch jenem Käufer der Beweis nicht auferlegt werden, daß die Empfangnahme des Gemeinschuldners zum Nuzen der Masse gereicht habe. Zwar wollte der Gantvertreter sich weiter darauf berufen, daß die Empfangnahme vom Gemeinschuldner innerhalb der lezten zehen Tage vor Ausbruch der Gant und zwar einige Tage vor dem Ablauf der ursprünglich abgeredeten Zahlungsfrist geschehen war, wesfalls er aus A.Sz. 213. eine Nichtigkeit der Empfangnahme des Schuldners abzuleiten suchte, weil dieser zum Empfang unfähig gewesen sey, weswegen kraft der Rechtsähnlichkeit des Sz. 1312. die in Empfang

genommene Zahlung von ihm nicht weiter rückgerufen werden könne, als so weit dargethan wird, daß die Zahlung dem Empfänger zum Nuzen gereicht habe. Allein rechtsunfähig ist der Gemeinschuldner vor Ausbruch der Gant nie, also läßt sich Sz. 1312. auf ihn nicht anwenden, der Sz. 213. aber spricht zwar nach dem Wortlaut allgemein von Zahlungen, er hat jedoch, wie der Zusammenhang hinlänglich zeigt, nur jene Zahlungen im Sinn, welche der Gemeinschuldner an einzelne Gläubiger thut, in einer Zeit wo er schon wissen kann und soll, daß es mißlich mit ihm stehe, nicht jene, welche er von seinen Schuldnern in Empfang nimmt. Von solchen könnte er auch nicht ohne Unbilligkeit reden, denn der zahlende Schuldner des Gemeinschuldners kann ja die bevorstehende Gantmäßigkeit des leztern nicht wissen, wie dieser seine eigene wissen kann, wenn er einen seiner Gläubiger vor Andern zahlt. Auf eine solche Empfangnahme des Gemeinschuldners ist nur der A. Sz. 212. anwendbar, nach welchem eine Vermuthung der Gefährde gegen den Gemeinschuldner wegen der innerhalb jenen zehn Tagen geschehenen Empfangnahme entsteht, dieselbe jedoch den übrigen Vertragspersonen, also hier dem Käufer, nicht entgegen gesezt werden kann, um ihre Forderungen als nichtig zu behandeln, und damit sie abzuweisen, sofern sie nicht als Mitwissende der Gefährde beweislich dargestellt werden; außer solchem Fall ist die nachgefolgte Verschwendung des in Empfang genommenen Geldes ab Seiten Gemeinschuldners nichts was seinem Schuldner, der ihn ehrlich zahlte, zur Last gelegt werden könnte, wie denn überall hier die Gefährde nicht in der Empfangnahme des Gelds, sonden in der nachgefolgten Verschwendung liegt, die bey einer Zahlung an rechtsfähige Personen den Gläubiger nichts angeht.

Digitized by Google

96.

Bedingte Wirkung der Voraussezungen.

Was Voraussezungen sind (conditiones quae tacite insunt negotio) siehe Erl. V. §. 119. Dort ist bemerkt, daß sie die Natur der Bedingungen haben, wo solche nicht ausdrücklich geändert erscheint. Für ausdrücklich geändert gilt hierbey das, was entweder die Natur der Sache, aus welcher die Voraussezung hervorgeht, zerstören würde, wenn es nach der Natur der Bedingungen erklärt würde, oder was ein Gesez für verändert erklärt, Cocceji J. C. L. II. T. XIV. q. 42. Dieses muß man wohl vor Augen haben, um in der Anwendung der bedingten Wirkungen nicht zu straucheln. Ein Beyspiel seyen die Brautschaz Zusagen. Wo jemand einem künftigen Schwiegersohn einen Brautschaz zusagt, da wird jedermann es natürlich finden, daß wenn die Heyrath nicht zu Stand kommt, er solchen nicht zahle, gesezt auch daß der künftige Schwiegervater die Heyrath selbst hintertrieben hätte, und gesezt noch weiter, daß er dazu aus Verläumdungen oder sonst nichtigen Gründen bewogen worden wäre. Indessen so klar in der Vernunft gegründet diese Rechtsbehauptung scheint, so hat es doch schon Fälle gegeben, wo ihre Wahrheit bestritten worden, Wernher I. Obs. 221., und solche Fälle können also wieder kommen, ja was noch mehr ist, sie können in unserer Rechtsverfassung sehr scheinbar gemacht werden. Denn obwohl Sz. 1088. sehr allgemein sagt: „jede zu Gunsten einer Ehe gemachte „Schenkung ist verfallen, wenn die Ehe nicht erfolgt," so sagt doch Saz 1178. eben so allgemein: „eine Bedingung „gilt für erfüllt, wenn der Schuldner, der sich unter dieser

Digitized by Google

„Bedingung verbindlich machte, ſelbſt ihre Erfüllung ver„hindert:“ wer ſollte nun wohl es tadeln, wenn man ſchließt, jener erſte allgemeine Saz werde durch dieſen zweiten auch allgemeinen beſchränkt, und es müſſe alſo der Verfall der Zuſage nur alsdann in Anwendung kommen, wenn der Zuſagende nicht ſelbſt das zu Standkommen der Ehe hinderte? Freylich kann man auch umgekehrt die Anwendung machen, und ſagen, indem beede Säze allgemein ſind, ſo ſey eben ſo gut möglich, den zweyten Saz durch den erſten zu beſchränken, und zu ſagen: es müſſe die Verhinderung der Bedingung von Seiten des Zuſagenden nur da für Erfüllung gelten, wo nicht von Zuſagen zu Gunſten einer Ehe die Rede ſey. Das Gewiſſeſte bleibt immer das: beede Säze können in Widerſpruch kommen, alsdann muß Einer durch den Andern beſchränkt werden, und das Geſez hat nicht beſtimmt, welches dieſer ſeyn ſoll. Eben durch dieſe Nichtbeſtimmung aber werden wir nachmals an diejenige Beſtimmung gewieſen, welche die Natur der Sache an die Hand gibt, ſobald uns Geiſt und Rechtsähnlichkeit anderer Entſcheidungen des Geſezbuchs verlaſſen, Sz. 4 a., dieſe muß uns belehren, welches von beeden allgemeinen Säzen, der ſey, welcher einzuſchränken iſt. Hier liegt nun zu Tage, daß die Regel: eine gehinderte Erfüllung gilt der geſchehenen gleich, gar nicht aus der Natur der Zuſage oder der Bedingungen hervorgehe, ſondern eine aus der Billigkeit durch das bürgerliche Recht hinzugetragene Beſtimmung ſey, anſtatt daß naturrechtlich nur ſo viel geſagt werden könnte: die ſchuldhafte Hinderung der Erfüllung wirkt Entſchädigungspflicht, und dieſe wirkt zuweilen, daß die Erfüllung als geſchehen angeſehen werde, da nemlich wo dieſes der

Digitized by Google

natürlichste oder gar der einzig mögliche Entschädigungsweg ist. Dagegen die Regel: Brautschaz (ein Auswurf zu Tragung der Lasten der Ehe) fällt weg, wenn durch NichtSchließung der Ehe die Last beseitigt wird, diese geht unmittelbar aus dem Wesen der Sache hervor, weil etwas nicht mehr: Brautschaz, im eigentlichen Sinn des Worts wäre, wenn es gefordert werden könnte, da, wo die Lasten nie übernommen worden sind. Deswegen muß im Gegenstoß beeder Säze, nicht dieser lezte, sondern der Erste eingeschränkt werden, oder mit andern Worten: es muß durch diese Natur eines Brautschazes, die Natur der Bedingung, wornach die Hinderung einer Erfüllung für ein Geschehenseyn gilt, als geändert angesehen werden. Die ähnliche Anwendung würde in dem Fall zu machen seyn, wo jemand durch Vermächtniß einem Kind oder Dritten, einen Brautschaz zugedacht hätte: Verhinderung der Ehe würde keine Klage auf das Vermächtniß, wohl aber auf Entschädigung wegen dessen Verlust begründen, vergl. Sz. 901 d., und das darum, weil es in der Natur des Brautschazes liegt, daß er niemals ohne Uebernahme der Ehelasten gefordert werden könne, weil also die Natur der Sache hier eine ErfolgsBedingung anzeigt, Erl. III. S. 120. Wann hingegen jemand einem Kind oder einem Dritten etwas vermachte, auf den Fall da es sich zur Heyrath entschließen, diese oder jene Person ehelichen würde, u. s. w., wo die Natur des Geschäfts eine bloße GehorsamsBedingung annehmen läßt, alsdann würde allerdings das Vermächtniß auch da gefordert werden können, wo die Erfüllung gegen den Willen des Vermächtnißnehmers gehindert worden wäre. Jede Vor-

Digitized by Google

ausſezung d. i. durch Natur oder Geſez ſtillſchweigend gemachte Bedingung iſt in der Regel als Erfolgs Bedingung zu behandeln, wobey eine Hinderung der Erfüllung dem Geſchehenſeyn nicht gleich gilt.

97.

Gültigkeit gewiſſer willkührlicher Bedingungen bey Käufen.

Ein Gewalthaber hatte unter Vorbehalt der Genehmigung ſeines Gewaltgebers eine Sache des leztern verkauft. Kurz ehe die Genehmigung eintraf, reuete es dem Käufer, und er wollte ſie daher, als ſie anlangte, nicht mehr annehmen. Er ſtüzte ſich darauf, daß dieſer Vorbehalt eine willkührliche Bedingung ſey, die nach L.R. Sz. 1174. jede Verbindlichkeit nichtig mache. Um dieſem auszuweichen ſtellte der Verkäufer den Saz auf: ein ſolcher Vorbehalt ſey keine Bedingung, er ſey ſo gut als z. B. der Vorbehalt der Erbvorſicht eine bloße zeitliche Beſchränkung der WillensErklärung, die nicht unwirkſam ſeyn könne, weil die Geſeze ſolcher Genehmigungen, als erlaubter Rechtsgeſchäfte, gedächten, Sz. 1311. 1338. und 1998.

Dem Verkäufer konnte man vorerſt nicht beytreten. Denn davon war die Frage nicht ob die Genehmigung oder deren Vorbehalt etwas Erlaubtes ſey, was allein aus jenen Geſezen folgt, und was niemand läugnete; ſondern davon, ob ein ſolcher Vorbehalt ſchon vor erfolgter Genehmigung ein gültiges Geſchäft darſtelle, und darüber zu entſcheiden waren jene drey Säze nicht geeignet, weil ſie nicht von Geſchäften reden, worinn ein ſolcher

Digitized by Google

Vorbehalt gemacht worden wäre. Würde man sie aber gegen ihren Sinn dahin ziehen wollen, so würden sie für den Verkäufer nachtheilig entscheiden, weil sie alle von einem Gültigwerden des Geschäfts durch die Genehmigung sprechen, also eine bis dahin vorhandene Ungültigkeit voraussezen. Das Wahre ist, daß wirklich eine Bedingung vorhanden ist, denn die Kaufsverbindlichkeit hängt von der WillensAeußerung des Gewaltgebers als einer künftig aufzuklärenden Begebenheit ab, welches das gesezliche Merkmahl der Bedingungen ist, Sz. 1168.

Hingegen war dem Käufer eben so wenig Recht zu geben. Denn a.) die unmittelbare Vertragspersonen waren in diesem Fall nicht der Käufer und der Gewaltgeber, sondern der Käufer und der Gewalthaber, der durch den Vorbehalt der Genehmigung hinlänglich zu erkennen gab, daß der Vertrag in der Art, wie er geschlossen ward, nicht oder doch nicht unzweydeutig in den Schranken seiner empfangenen Gewalt liege, und daß also erst die Genehmigung des Gewaltgebers diesen zur Vertragsperson desfalls mache. Diesemnach war dessen Genehmigung eine Thatsache, die weder in der Macht des Gewalthabers als Verkaufsschuldners, noch in jener des Käufers als Verkaufsgläubigers steht, d. h. eine zufällige Bedingung, Sz. 1169., und keineswegs eine willkührliche. Wollte man aber auch b.) den Gewaltgeber und Gewalthaber für eine Person ansehen, wie sie es jedoch nur da sind, wo sie in WillensEinheit handeln — die hingegen in einem GenehmigungsVorbehalt allemahl als trennbar gedacht wird — oder wäre auch ein Fall in Sprache gewesen, wo der Verkäufer selbst und allein sich etwas ähnliches zu seiner

Digitized by Google

Entschließung vorbehalten hätte, z. B. er hätte verkauft mit Vorbehalt in drey Tagen noch, wenn es ihm gefalle den Kauf wieder abkünden zu können, so wäre alsdann freylich die in Frage stehende Bedingung eine willkührliche, Sz. 1170., aber deswegen würde noch nicht gesagt werden dürfen, daß sie ungültig sey. Denn der Saz 1174. erklärt nur diejenige Verbindlichkeit für nichtig, welche auf der Willkühr des Uebernehmenden oder des Schuldners beruht, keineswegs aber diejenige die auf die Willkühr des Berechtigten oder des Gläubigers bedingt ist, Erl. III. S. 120. Bey einem Kauf und Verkauf als einem doppelseitigen Rechtsgeschäft entstehen nun doppelte Verbindlichkeiten: die Kaufsverbindlichkeit und die Verkaufsverbindlichkeit. Die Verkaufsverbindlichkeit, die darinn besteht, die Sache zu übergeben und zu gewähren, Sz. 1603., ist in obigen Fällen auf die Willkühr des Uebernehmenden ausgesezt, also so lang sie dieses bleibt, nichtig. Die Kaufsverbindlichkeit hingegen die in der Empfangnahme der Waare und Zahlung des Kaufpreises besteht, Saz 1650. und 1657., ist in Nichts auf den Willen des Käufers als des Uebernehmenden ausgesezt, bloß vermög der Doppelrücksicht, welche die beederseitigen Pflichten in doppelseitigen Verträgen zu einander haben, vermöge welcher immer die Eine auf die gegenseitige Erfüllung der andern bedingt ist, Sz. 1184., ist sie stillschweigend auf die Uebernahme der Verkaufsverbindlichkeit auf Seiten des Verkäufers bedingt, also auf eine Thatsache, die nicht in des übernehmenden Käufers Willkühr steht, mithin auch nicht unter den Saz 1174. fällt, und die deswegen als eine wirksame Kaufsbedin-

Digitized by Google

gung angesehen werden muß, Sz. 1584. Ist aber diese Kaufbedingung wirksam, so ist die Verbindlichkeit selbst bis zu Aufklärung der ungewissen künftigen Begebenheit, in dem Stand einer fürsorglichen Wirksamkeit zu Gunsten des Gläubigers, Sz. 1180., welches bey der Kaufverbindlichkeit der Verkäufer ist. Diese Fürsorglichkeit gibt dem Gläubiger (hier dem Verkäufer) wirkliche selbst auf seine Erben vererbliche Rechte, Sz. 1179. Die Fürsorglichkeit besteht ihrem Begriff zufolge in der unveränderten Erhaltung eines Zustandes. In dem Rechtszustand der Kaufsache ist der Wille des Käufers sie zu erwerben, eine Hauptsache, auch der muß also unverändert bleiben, kann nicht ohne Beleidigung der Rechte des Verkäufers während der schwebenden Bedingung zurückgenommen werden. So gut als ein Kauf auf Prüfung oder Probe, Sz. 1584 und 1585., der auch eine einseitige Willkühr in sich schließet, hat ein Kauf auf Genehmigung eine einstweilige Gültigkeit, die nur alsdann sich auflöset, wenn die vorbehaltene Genehmigung nicht ertheilt wird, und damit die Bedingung fehlschlägt.

98.

Bereitwilligkeit zur Erfüllung eines Umsazvertrags.

Wer den Saz 1178. erwägt, wo es heißt: eine Bedingung gilt für erfüllt, wenn der Schuldner, der sich unter dieser Bedingung verbindlich machte, selbst ihre Erfüllung hinderte, und damit den Saz 1184. in Verbindung sezt, welcher sagt: in doppelseitigen Verträgen ist es für den

Digitized by Google

Fall, da einer von beyden Theilen seinem Versprechen kein Genüge leistet, allemahl stillschweigende Bedingung, daß der Vertrag aufgelöset seyn soll: der muß daraus den an sich folgerichtigen Schluß machen, daß derjenige, wer den andern an der Erfüllung seines Versprechens hinderte, auf eine weitere Erfüllung keine Ansprache haben und auch ohne sie eine wirksame Klage auf die Gegenverbindlichkeit wider sich gelten lassen müsse. Aber darinn ist gegen das alte Recht ein merklicher Unterschied, daß dieses zwar die gleiche auf ein Verschulden dessen, dem zu gut die Erfüllung geschehen muß, beschränkte Lehre aufstellte, und dennoch nachher nicht bloß verschuldete, sondern auch zufällige Hindernisse für Erfüllung einer Bedingung gelten ließe, Mevius VIII. Dec. 318., also diesen Grundsaz weit allgemeiner aussprach, als es ihn in jener Folgerung anwendete. Diesen Mangel des Zusammenhangs zwischen dem Grundsaz und seiner Anwendung hat das Napoleonische Recht beseitigt. Eine bloß zufällige Verhinderung in Erfüllung eines Vertrags berechtigt jezt noch weniger als vorhin den, der nicht erfüllen konnte, dennoch die Leistung der Gegenverbindlichkeit zu fordern, deswegen z. B. erlöscht jedes Werkverding durch den Tod des Unternehmers, Sz. 1795., und dessen Erben können nicht den zugesagten Werklohn fordern, so wenig als der Werkmeister im Fall wo der Werkstoff zu Grund geht, Sz. 1790.

99.

Vererbung der BedingungsErfüllung.

Ueber die Frage, ob die Erfüllung der Bedingungen bey Lebzeiten der Betheiligten geschehen müsse, oder auch noch

nach ihrem Tod statt finde, pflegte man verschieden zu antworten. Die gewöhnlichste Art der Antworten war die, daß man zwischen willkührlichen und zufälligen Bedingungen (wohin alsdann auch die gemischten gehörten,) unterschied: bey den lezten gab man der Vererbung Plaz, bey den ersten aber nicht, wozu der Eine den Grund anführte, weil hier der bedingt berufene in seiner Macht habe, die Bedingung zu erfüllen, mithin es seine Schuld sey, wenn er sie nicht erfüllt habe, der Andere den andern Grund, weil der Wille etwas streng persönliches sey, dessen Daseyn und Wirksamkeit für die Welt der Erscheinungen durch den Tod untergehe, Gail II. Obs. 2. Zum Theil hat der Code Napoleon die Frage deutlich entschieden, indem er sagt: „Ist der Gläubiger vor Erfüllung der Bedin„gung gestorben, so gehen seine Rechte auf seine Erben „über," Sz. 1179. Ueber alle Auslegungsbedürftigkeit ist jedoch diese Stelle nicht erhaben, denn man kann fragen: a.) was sind seine Rechte bey willkührlichen Bedingungen? Gehört die Befugniß zu wollen, als etwas Inneres und Persönliches auch zu diesem Recht? b.) Warum ist nur von der Vererbung in Bezug auf den Gläubiger nicht auf den Schuldner gesprochen? und c.) wohin ist der Fall zu rechnen, wenn die Bedingung nach der Willkühr des Gläubigers in der Person des Schuldners zu erfüllen ist, und nun der Eine oder der Andere stirbt? Von diesen Fragen muß jene zu a.) nach der Absicht des Gesezgebers lediglich als Willensfrage behandelt werden, nicht als Rechtsfrage: für sie ist hauptsächlich der Saz 1175. aufgestellt in den Worten: „jede Bedingung muß so erfüllt werden, wie es die Par„thieen wahrscheinlich gewollt und gemeynt haben." Fin-

det man dieses klar, wohl und gut! Bleibt man darüber zweifelhaft, so ist der Umstand entscheidend, ob die bedingte Willkühr als Erfolgsbedingung oder als GehorsamsBedingung anzusehen war, Erl. III. S. 120. Die GehorsamsBedingung hat einen persönlichen Zweck, mithin muß ihre Erfüllung als Mittel nach dieser Natur beurtheilt, und für streng persönlich angesehen werden. Die ErfolgsBedingung, indem sie diese Ansicht nicht darbietet, enthält nichts, was uns berechtigte, von der Regel, daß jeder auch seinen Erben vorsehen wolle, Sz. 1122., hier eine Ausnahme zu machen, und die Befugniß der Erfüllung gilt daher für vererblich. Die zweyte Frage

zu b.) warum nur von Vererblichkeit in der Person des Gläubigers gesprochen wird, löset der Saz 1174. Nach ihm ist „jede Verbindlichkeit nichtig, welche unter ei„ner Bedingung übernommen ist, die allein von der Will„kühr des Uebernehmenden abhängt.“ Dieserwegen war es ganz unnöthig für die Vererblichkeit einer solchen Bedingung zu sorgen. Endlich

zu c.) bey einer Bedingung die nach der Willkühr des Gläubigers an der Person des Schuldners zu erfüllen ist, z. B. ich schenke dem Kunz mein Haus auf den Fall wenn er lebenslang bey mir wohnen bleiben wird, oder wenn er mir einen Dienst verschafft, oder wenn er mir seinen Garten schenken will, ist alles lediglich wiederum eine aus den Thatumständen zu erledigende Willensfrage, und z. B. würden wir diesemnach im ersten Fall eine beederseitige Unvererblichkeit der nicht erfüllten Bedingung, im zweyten eine Vererblichkeit für den Gläubiger aber einen Verfall durch den Tod des Schuldners, und im dritten eine Vererblich-

keit

keit auf beeden Seiten annehmen müssen, wenn nicht Nebenumstände hinzukämen, die ein anderes nachweisen möchten.

100.

Vererbung der Wahlverbindlichkeiten.

Wenn in Verträgen Wahlverbindlichkeiten festgesezt wurden, so unterschieden die Römer zwischen Vererbung und Uebertragung der Wahl. Eine Vererbung gestatteten sie selbst alsdann, wenn ein in der Gewalt der Vertragspersonen stehender Dritter die Wahl hatte, L. 76 ff. de V. Obl., Hommel Obs. 36., eine Uebertragung nicht; selbst wenn jemand die Wahl hatte, dessen Wille einem andern zu Gebot stand, z. B. ein Knecht, gaben sie keinen Uebergang der Wahl auf den Herrn Raum, L. 141 ff. ibid. Zur Ursache führten sie an, weil die Wahl keine Rechts- sondern eine bloße Thatsache sey, L. 44. pr. ff. de cond. et dem. Die leztere Spizfindigkeit paßt weder unserer Weltweisheit noch unserer Rechtslehre an. Das Recht zur Wahl ist so gut Rechtssache, wie jede andere das Mein und Dein betreffende Befugniß, die Ausübung desselben ist bey allen andern Rechten, so gut wie hier, Thatsache. Ueber Vertrags-Berechtigungen und Verbindlichkeiten sezt der Code Napoleon fest: a.) daß sie auf Erben übergehen, und auf Rechtsfolger übertragen werden können, so lang nicht das Gegentheil ausdrücklich geordnet oder bedungen ist, Erl. III. S. 34. b.) Er bestimmt die gesezlichen Verhältnisse der Wahlverbindlichkeiten, ohne dabey eine Beschränkung auf die Person festzusezen, Sz. 1190. Diesemnach muß allerdings die Bestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes durch

den Willen des einen Theils der Vertragspersonen, nicht nur auf seine Erben übergehen, sondern auch von ihm an seiner Statt, es sey nun Auftrags- oder Uebertragsweise an Andere überlassen werden können. Unter den lezten Willensverbindlichkeiten hat das Gesez die bestimmte Wahlvermächtnisse (legata optionis), wo nämlich verschiedene bestimmte Sachen wahlweise vermacht werden, gar nicht erwähnt, dadurch verbleiben sie unter dem was allgemein von Vertragsverbindlichkeiten gesagt ist, vergl. Sz. 1100 da., unter welche sie durch den Halbvertrag der Erbantretung sich eignen, Sz. 1100 d e. Der unbestimmten Wahlvermächtnisse (legata generis) gedenkt es, aber ohne ihnen eine Unvererblichkeit oder Unübertragbarkeit zuzuschreiben, mithin tritt auch in Bezug auf sie keines von beeden ein. Es bleibt also dabey, daß in allen Fällen dergleichen Wahlverbindlichkeiten vererblich und übertragbar sind, wo sie nicht ihr Rechtstitel namentlich für reinpersönlich erklärt, Erl. III. S. 149. Nur da, wo die Wahl auf einen Dritten gestellt ist, kann dessen Wahlbefugniß nicht vererbt werden; da sie in einem Auftrag beruht, der immer etwas reinpersönliches ist, Sz. 2003., und da sie eine Bedingung ist, die, wie jede, genau in ihren bezeichneten Schranken erfüllt werden muß, Sz. 1175., Erl. III. S. 491. Wie es aber in solchen Fällen zu halten s. Erl. III. S. 145.

101.

Wahlweise zustehende JahrsRenten.

Ein Schuldner der z. B. jährlich ein Rauchhuhn oder dafür zwölf Kreuzer schuldig war, verlor vorhin dadurch, daß

Digitized by Google

er die längste Zeit nur Eines von beeden einförmig abgegeben hatte, das Recht nicht, das Andere statt dessen zu geben, so lang das Andenken des die Wahl gebenden Rechtstitels übrig, und kein durch nachgefolgte verjährte Beruhigung des Andern zu Kräften erwachsenes Widerspruchsrecht dazwischen getreten war, Wernher II. Obs. 461., weil die Wahl für eine freywillkührliche Sache galt, wiewohl diejenige, welche nichts für freywillkührlich gelten ließen, was aus bürgerrechtlichen Titeln ausfließt, auch hier anderer Meynung waren und seyn mußten. Jezt ist vorerst diese Wahl gewöhnlich keine freywillkührliche Sache, denn um sie für rechtmäßig zu halten, muß man zwischen zwey Personen ein VertragsVerhältniß unterstellen, wenn nicht von Wahlbefugnissen die Rede ist, welche aus der Staatsverfassung ausfließen, Sz. 2232 a.; jener bloß bürgerrechtliche Titel behält aber seine Wirksamkeit nur durch dreyßig Jahre, Erl. IV. S. 321., wenn er nicht inzwischen erneuert wird; wer dieses unterläßt, kann denselben nachmals nicht mehr benuzen, sondern bloß aus dem Besizstand, so lang er unverändert ist, sein Recht behaupten, Erl. IV. S. 322., da, wo nun dieser nichts als die gleichförmige Leistung der Einen von beeden ursprünglichen Schuldigkeiten nachweiset, kann daraus auch nur ein Forderungsrecht auf diese einzige Sache hergeleitet werden, und es ist damit das Recht, die Andere zu fordern, für den Gläubiger versessen, wenn er nicht irgend eine Andere rechtlich für Unterbrechung erklärte Handlung zu Beseitigung der Verjährung geltend machen kann.

Digitized by Google

102.

Verschreibungen Sammt und Sonders.

Einige Gemeinden eines für Kosten einer Heerstraße in Kriegszeiten (Etappenstraße) zusammengeschlagenen Bezirks hatten sich für ein Anlehen sammt und sonders verschrieben, als es zur Ausklage über die Zahlung kam und der Gläubiger Eine Gemeinde aushob, um sie auf das Ganze zu belangen, berief sich diese darauf, daß nach Mevius VI. Dec. 112. diese Worte zwar eine gemeinschaftliche aber keine untheilbare Verbindlichkeit anzeigten, also zwar alle zusammen aber nur jede auf ihren Theil belangt werden müßten. Da die Verschreibung unter der Herrschaft des neuen Rechts gegeben war, so konnte dieser Behauptung nicht statt gegeben werden. Schon an und vor sich ist nach dem Sinn dieser Worte die obligatio in solidum damit unzweifelhaft gemeynt, wie alle deutsche Rechtssprachkenner zugestehen, Besold Thes. pract. V. Samtlich, Wehner Pr. Obs. V. Commissarien, Rüdinger IV. Obs. 43., Wiesandt Jur. Handb. V. Sammt und Sonders. Auch würden ohne diesen Sinn diese Worte ganz überflüßig im Vertrag stehen, denn daß mehrere die zusammen eine Verbindlichkeit auf sich nehmen, ein jeder theilweise dazu gehalten seyen, das versteht sich von selbst, ein solches unwirksames Daseyn darf man keinen Vertrags-Worten beymessen, Sz. 1157. Der Gegengrund, daß niemand mehr Verbindlichkeit auf sich werde haben nehmen wollen, als gewöhnlich aus seinem Rechtsgeschäft fließt, kann nur da Anwendung finden, wo jemand bey gewöhnlichen Aus-

drücken stehen bleibt; wo jemand diese schärft, muß man vernünftiger Weise annehmen, er wollte auch die Verbindlichkeit schärfen. Nach unserem Gesezbuch drückte das Wort: Sammt — und insbesondere der Ausdruck: sammt und sonders, eine solidarische Verbindlichkeit aus, Sz. 1213. Es ist demnach offenbar eine Rechtsverdrehung wenn jemand sagen will, in einem Rechtsgeschäft habe er die Worte nicht im Rechtssinn, d. h. im gesezmäßigen Wortverstand genommen.

103.

Wirkung der Sammtverbindlichkeit bey Abwesenden.

Unter die Sonderbarkeiten des römischen Rechts gehörte es, daß es die Sammtverbindlichkeit unwirksam seyn ließ, wenn der andere Mitschuldner arm oder abwesend war: Auth. hocita C. de duob. reis, wie wenigstens manche Gerichtshöfe diesen Authentik auslegten, Berger Dec. 244. Im Napoleonischen Recht fallen diese Ausnahmen weg, da sie nicht darinn aufgenommen sind, Sz. 6 b. und da Sz. 1203. ganz bestimmt dem Gläubiger die Wahl gibt, jeden Schuldner, welchen er will, zu belangen, und keinem der Schuldner ein Recht gibt, Theilung zu begehren, auch es ausdrücklich für eine Folge der Sammtverbindlichkeit erklärt, daß man für die zahlungsunfähigen Mitschuldner haste, Sz. 1214. und 1215., selbst bey solchen Sammtverbindlichkeiten, welche eine Berufung auf Theilung zulassen, für so lang als die Theilung nicht veranlaßt worden ist,

Digitized by Google

Sz. 2026. Jene Authentik sagt weiter: Sammtschuldner die gegenwärtig und zahlungsfähig sind, müßten zusammen verurtheilt werden: auch davon schweigt das Napoleonische Recht; ist nun dieses auch aufgehoben? Wenn man jenen Saz dahin versteht, daß sie zusammen belangt werden müßten, so ist er durch den Sz. 1200. 1203. und 1204. klar beseitigt; wenn man ihn dahin auslegt, daß alle die zusammen belangt wurden, zusammen zu zahlen angehalten werden mußten, mithin jeder nur auf seinen Theil angegriffen werden dürfe, so ist er auch in diesem Sinn durch den Saz 1204. beseitigt (wo das Wort: die gleiche Einklagung, welche auf das Verbot der Theilung rückbeziehend ist, jeden für sich nicht alle zusammen zu verurtheilen und anzugreifen zur Pflicht macht): wenn man ihn aber dahin versteht, daß der angegriffene Sammtschuldner zu Beschleunigung seines Ersazes die übrigen beyladen lassen könne, so geben das Recht dazu Saz 1213. und 1214., welche die Ersazbefugniß festsezen, verbunden mit Sz. 1225. der solche Beyladung in einem ähnlichen Fall gestattet.

104.

Theilbarkeit der Vertragsverbindlichkeiten.

Man hat behaupten wollen, der Saz 1220. des Code Napoleon führe die Untheilbarkeit theilbarer Schulden zwischen mehreren Gläubigern unter sich, oder zwischen mehreren Schuldnern unter sich ein; dafür und mithin zu Widerlegung der entgegengesezten Behauptung in den Erläut. III.

Digitized by Google

S. 162., wurde gesagt a.) wenn gleich der Saz nur von Gläubiger und Schuldner in der einfachen Zahl spreche, so verstehe er hierbey doch unter jedem alle die als Gläubiger oder Schuldner zusammengehören, und rechne sie für eine Person; b.) aus dem römischen Recht seye man an Untheilbarkeit der Forderungen und Schulden unter Mehreren, die solche zusammen eingehen, schon gewöhnt gewesen, wie dann z. B. die Gewährleistung, unerachtet sie auf Geld, mithin auf eine theilbare Sache gehe, doch gegen mehrere Verkäufer ungetheilt und sammthaft angestellt werden könne, Gail II. Obs. 14., Carpzov II. Const. 34. Def. 29. Ferner c.) der Gegensaz mit dem Erben, der sich auf Mehrere beziehe, spreche klar dafür, daß in dem Hauptsaz auch das Absehen des Gesezgebers auf Mehrere Personen zusammen als Gegenstand der Rede gerichtet seyn müsse; d.) wo Entscheidungen bey einzelnen Rechtsgegenständen in Bezug auf diese Frage vorkämen, sprächen sie von der Theilbarkeit, z. B. α) bey dem Widerkauf, Sz. 1668 — 1672., und β) bey dem Gesellschaftsvertrag, Sz. 1863. e.) Es seye natürlich, wenn Mehrere ein Recht sich bewilligen lassen, oder eine Verbindlichkeit auf sich nehmen, bey ihnen, da sie gemeinschaftlich handeln, auch die Absicht zu unterstellen, daß die erworbene Berechtigung oder Verbindlichkeit gemeinschaftliches Gut von ihnen werde, folglich ein jeder ein Recht auf das Ganze erlange, und der Gegentheil sich damit begnügen müsse, daß er nicht mehr als einmahl das Ganze entrichte oder erhebe, ohne sich darum zu bekümmern, ob die Mehrern gemeinschaftlich oder einzeln, und lezterenfalls zu ihren Antheilen, oder auf das Ganze für alle, ihr Recht ausüben.

Bey Beurtheilung dieser Einwürfe muß man sich vor-

Digitized by Google

erst von dem Belang der Frage den richtigen Begriff machen. Es kommt dabey nicht darauf an, ob mehrere Betheiligte gemeinschaftlich handeln *können*: zwischen ihnen ist allemahl eine Gemeinschaft des Rechts oder der Verbindlichkeit, diese mag für theilbar oder untheilbar angesehen werden, in einem wie im anderen Fall *können* sie also gemeinschaftlich handeln. Ebendarum kommt es weiter auch darauf nicht an, ob alle an dem Erfolg einer Handlung die das Ganze ergreift, ihren Antheil gewinnen oder leiden müssen, denn aus der Gemeinschaft an dem Recht oder der Verbindlichkeit folgt dieses von selbst: sondern allein *darauf* kommt es an, ob jeder von mehreren Theilhabern des Rechts oder der Verbindlichkeit einzeln klagen oder beklagt werden könne, und ob dieser Einzelne alsdann auf das Ganze oder nur auf seinen Antheil zu Recht stehen müsse? Wer sagt, eine Verbindlichkeit ist *theilbar*, der erklärt damit, jeder einzelne könne einzeln und alsdann nur auf seinen Antheil belangt werden. Wer sagt sie ist *untheilbar*, der behauptet, jeder Einzelne, oder Einer aus den Mehreren zusammen Berechtigten, kann einzeln und alsdann auf das Ganze belangt werden: so auch umgekehrt in Bezug auf Rechte. Deswegen sagt auch das Gesez jede Untheilbarkeit sey zugleich SammtEigenschaft, Sz. 1222., aber eine SammtEigenschaft für sich allein hebe die Theilbarkeit nicht auf, wo sie außer diesen statt finden kann, Sz. 1219.: das heißt, jeder *Sammtverbindliche* kann auf seinen Antheil einzeln von dem Gläubiger belangt werden, sobald es diesem gefällt, und jeder *Sammtberechtigte* kann nach Belieben nur seinen ForderungsAntheil von dem gemeinschaftlichen Schuldner fordern.

Digitized by Google

Aber, und das ist weiter wohl zu merken, indem man sagt, eine Schuld sey theilbar, sagt man noch nicht sie sey getheilt, sondern eine solche kann immer noch sowohl ungetheilt seyn als getheilt. Getheilt ist nemlich ein Recht oder eine Verbindlichkeit, sobald die Gemeinschaft die zwischen Mehreren daran obwaltete, aufgehoben, und jedem auf einen Theil eine einseitige VerfügungsGewalt, unbeschadet der gleichen einseitigen VerfügungsGewalt anderer auf ihren Antheil zugewiesen ist. So lange eine solche Theilung nicht kraft Gesezes oder Gedings eintritt, so bleibt das, was Mehreren zusteht, und so auch ein gemeinschaftliches Recht oder eine gemeinschaftliche Pflicht, eine Sache, wobey die Mitberathung und Mitstimmung aller zur rechtmäßigen Ausübungsart gehört, Sz. 577 bb. und hd., wenn gleich der Vortheil oder Nachtheil der Ausübung immer nur einen jeden nach seinem rechtlichen GemeinschaftsAntheil betrifft.

So also ist eine Vertragsverbindlichkeit, die Mehrere eingegangen haben, alsdann untheilbar zu nennen, wenn jeder Verbindliche einzeln für Alle, mithin auf das Ganze belangt werden kann; sie ist theilbar aber ungetheilt, wenn kein Einzelner weder auf das Ganze noch auf seinen Antheil, sondern nur alle zusammen aber jeder zu seinem Theil der Verbindlichkeit verklagt werden können; endlich dieselbe ist theilbar und getheilt, sobald der Einzelne einzeln, aber nur auf seinen Antheil, gültig belangt werden kann.

Vermöge dieser Aufklärung löset sich demnach die oben vorgetragene Streitfrage dahin auf, in welche jener drey Klassen eine von Mehreren ursprünglich eingegangene

Digitized by Google

Verbindlichkeit oder Berechtigung alsdann zu ordnen sey, wenn besondere Umstände ihr nicht Eine derselben entschieden anweisen? und die als Regel gegebene Antwort sagt: eine jede Vertragsverbindlichkeit die ursprünglich auf Mehreren lastet, so wie jedes Recht das ursprünglich Mehreren zugestanden ist, sey theilbar obwohl ungetheilt, es könne demnach nicht von Einzelnen aufs Ganze, noch gegen sie einzeln aufs Ganze ausgeübt werden, es könne aber gegen sie oder von ihnen gesammter Hand oder gemeinschaftlich ausgeübt werden, vorbehaltlich jedoch daß dadurch keinem mehr als sein Theil zu gut oder zu Last kommen dürfe.

Die Richtigkeit dieser Regel wurde sehr richtig an oben angezognem Ort, Erl. III. S. 162., aus dem Saz 1202. abgeleitet, welcher sagt: „Sammtverbindlichkeit werde nicht „vermuthet, sondern müsse besonders begründet werden." denn Sammtverbindlichkeit kann nicht in Frage kommen, wo nicht Mehrere in der Verbindlichkeit stehen, wenn nun von einem solchen Rechtsverhältniß der Sz. 1202. sagt: Regel sey NichtSammtverbindlichkeit, und wenn nachmals der weitere Sz. 1222. spricht: jede Untheilbarkeit wirkt Sammtverbindlichkeit, so kann ohne Widerspruch mit sich selbst kein Saz dieses nemlichen Gesezbuchs sagen: Untheilbarkeit sey Regel für die Vertragsverbindlichkeiten mehrerer Personen.

Dieser Grundstein des Beweises vorausgelegt, läßt nun leicht die Widerlegung der obigen Zweifelsgründe aufbauen. Denn zu a.) im Sz. 1220., der Anfangs von Gläubiger oder Schuldner, nachher von Erben spricht, ist die Rede nicht von verschiedenen Forderungen. Wenn dieses wäre, dann ließe der Einwand sich hören, weil im lezten

Digitized by Google

Glied von Mehreren die Rede sey, so müsse im gegenüberstehenden Glied auch diese Mehrheit unterstellt, und der Ausdruck Schuldner, Gläubiger, als SammtAusdruck (nomen collectivum) von Mehreren verstanden werden. Die Rede ist hingegen von ein und derselben Schuld, die einmahl in Verhältniß zu den ursprünglichen Vertragspersonen, den Gläubiger und Schuldner, das andremahl im Verhältniß auf Erben des Einen oder des Andern betrachtet wird. Der Anlaß der Gesezverfügung liegt in dem Grundsaz, daß niemand schuldig sey, theilweise Zahlung zu thun oder zu nehmen, Sz. 1244., folgerichtig hätte hieraus geschlossen werden müssen, die Schuld die einmahl nur einen Schuldner, nur einen Gläubiger hatte, könne dadurch, daß sie in die Hand mehrerer Erben übergeht, welches nur eine einseitige Thatsache ist, ihre rechtliche Natur nicht ändern, folglich könne kein Erbe zur Theilzahlung berechtigt werden, mithin auch die Schuld nicht theilbar werden, da die Theilung eine Rechtmäßigkeit der Theilzahlung zur Folge hat. Das Gesez indem es, um dem römischen gewohnten Rechtsbegriff treu zu bleiben, die lezte Folge beseitigen wollte, stellte den Sz. 1220. hin, so wie er lautet, um in der ersten Hälfte zu sagen: in der ersten Hand hat keine Theilzahlung statt, dennoch aber soll eine solche in der zweiten Hand der Erben in so weit statt finden, als es die Erbtheile nothwendig machen, und es soll unter ihnen jedes Erbtheil als ein getheiltes Ganzes behandelt werden, sobald der Gegenstand theilbar war. Zu b.) ist es unbeweislich, daß das römische Recht Untheilbarkeit der von Mehreren eingegangenen Verbindlichkeit zur Regel gemacht habe. Das Beyspiel von der GewährleistungsVerbindlichkeit beruht auf eigenen Ausnahmsgrün-

den. Zu c.) die Folgerung aus einem angeblichen Gegensaz im Saz 1220. ist oben bey a. schon widerlegt. Zu d.) die Entscheidungen, welche bey einzelnen Rechtsgegenständen eine Theilbarkeit festsezen, würden nur alsdann einen Schluß auf das Daseyn einer die Untheilbarkeit aussprechenden Regel begünstigen, wenn nicht einzelne mit einer Regel der Theilbarkeit wohl vereinbarliche Gründe zu einer besondern mithin zur Regel nicht tauglichen Verfügung obgewaltet hätten. Diese waren aber wirklich vorhanden, denn zu α) der Wiederverkauf ward im alten Recht für etwas so begünstigtes angesehen, daß man um seiner besonderen Natur willen ihn von der Regel der Theilbarkeit ausgeschlossen achtete, um diese Begünstigung nicht ins neue Recht eindringen zu lassen, mußte ausdrücklich die Theilbarkeit ausgesprochen werden, übrigens ein Getheiltseyn ist nicht, vielmehr das Gegentheil alldort ausgesprochen, weil alle zusammen zur Ausübung sich vereinigen müssen. Ebenso ist zu β) für den Gesellschaftsvertrag die besondere Verordnung des Sazes 1863. nicht dazu gemacht, um damit eine sonst etwa nicht statthafte Theilbarkeit einzuführen, sondern um der an sich schon gegründeten Theilbarkeit, die aber sehr scheinbar auf ein Verhältniß nach VermögensAntheilen in der Gesellschaft hätte ausgelegt werden können, ihre Verhältnißbestimmung nach den Köpfen ebenso anzuweisen, wie es zuvor wegen der Erbschaften durch den Sz. 873. auch geschehen war, mit welchen das gesellschaftliche Theilungsverhältniß überhaupt gleichgestellt seyn soll, Sz. 1872. Endlich zu e.) die Natur der Sache stimmt eben so wenig für die Untheilbarkeit sobald von theilbaren Sachen die Rede ist,

Digitized by Google

und von diesen ist bey obigen Zweifeln allein die Frage. Es wäre gar nicht abzusehen, warum wann Mehrere mit einem der ein Geschäft schließen, sie mehr als aus der Natur der Mehrheit und Gemeinschaft folgt, von den allgemeinen Regeln abweichen sollten. Die allgemeinen Regeln sind, jeder will im Zweifel freyes Eigenthum und keine Hinderung und und Abhängigkeit im Gebrauch des Seinigen. Wer sich untheilbar verbindet, ist damit gehalten, nicht nur geschehen zu lassen, daß er seiner Verbindlichkeit gegen einzelne theilweise sich nicht entledigen könne, welches eine aus der Mehrheit der Theilhaber nothwendig folgende Einschränkung ist, die man also freylich stillschweigend für angenommen gelten lassen muß, sondern er ist auch weiter gehalten, jedem einzeln das Ganze abtragen zu müssen, wozu in der Mehrheit allein kein hinlänglicher Grund liegt, und welches eine Bestimmbarkeit der Verbindlichkeiten ist, die im Zweifel nicht vermuthet werden soll.

Bey diesen Umständen steht die Theilbarkeit der Verbindlichkeiten als Regel fest.

105.

Klagtheilungen gegen ein und denselben Schuldner.

Daß eine Klage die gegen mehrere Schuldner geht, oft durch die Gesetze getheilt ist, Sz. 1220., und wo sie auch ungetheilt gegen jeden angestellt werden kann, doch nach Belieben des Gläubigers getheilt werden darf, Sz. 1210., ist eine bekannte Sache. Daß auch eine bekannte Klage gegen

ein und denselben Schuldner alsdann getheilt werden kann, wenn die Forderung zum Theil unrichtig ist, und man nun wegen des richtigen Theils im abgekürzten Verfahren klagen will, ist Folge aus Sz. 1244a. Aber ob sie auch ohne allen Anlaß getheilt werden können, und mithin ein Kläger z. B. aus einer auf 1000 fl. sprechenden Urkunde auf 500 fl. klagen, und zu einer andern Zeit aus ebenderselben wieder 500 fl. fordern könne, das ist eine andere Frage. Für die Theilbarkeit scheint der Sz. 1244. zu sprechen, indem er nur das Aufdringen der Stückzahlungen dem Schuldner verbietet, womit das Einfordern der Stückzahlungen dem Gläubiger hier unverboten ist, woraus jedoch noch nicht folgt, daß es anderwärts nicht untersagt seyn könne. Gegen die Theilbarkeit redet der Sz. 1220. indem er sagt: theilbare Verbindlichkeiten gelten zwischen dem Gläubiger und Schuldner selbst für untheilbar, d. h. ohne beederseitiges Einverständniß kann so wenig eine Stückforderung als eine Stückzahlung geschehen. Dieses ist auch dem Wohl des Ganzen angemessen, damit nicht nach Belieben eines Gläubigers ein Schuldner über ein und denselben Rechtsgegenstand vielfachen Unlust und Kosten der Gerichtshandlungen leiden müsse, und es stimmt mit dem Geist des Gesezes, denn da dieses jedem Schuldner, der zahlen will, eine verfallene Schuld ganz zu hinterlegen gestattet, wenn der Gläubiger die Annahme verweigert, Sz. 1257. und 1258 Abs. 3., so ist damit dem Gläubiger die Möglichkeit abgeschnitten, gegen Willen des Schuldners seine Forderung wirksam zu theilen. Ebendaher ist auch kein Zweifel, daß wenn nun ein Gläubiger so getheilt klagte, der Schuldner verlangen könne, daß Verhandlung und Urthel auf das Ganze ausge-

Digitized by Google

dehnt werde, und umgekehrt, daß wenn der Kläger sich ausdrücklich verwahrt hätte, jezt nur einen Theil der Forderung vor den Richter bringen zu wollen, und der Beklagte es zugäbe, diese Klagtheilung nur in dieser neuen Uebereinkunft, nicht in einer ältern Schuldigkeit ihren Grund hätte. Aber wie? wenn nun ohne eine solche Verwahrung vom Gläubiger geklagt und vom Beklagten über die Theilung der Klage nichts geäußert worden wäre, muß der Richter über die Theilung wegsehen, oder was wirkt nachmals ein bloßes Theilurthel desselben? Das Erstere ist ohne Zweifel zu bejahen, denn da durch des Gegners Einverständniß eine Theilung zu Stand kommen kann, da auch Verhältnisse obwalten können, wodurch der übrige Theil der Schuld erloschen ist, und die bey Anbringung der Klage nur unangezeigt geblieben sind, da überhaupt der Richter unaufgerufen in dem jezigen Rechtsgebäude niemals richten darf, so kann die Einrede der unzulässigen Klagtheilung eben so wenig als jene der Versizung, Sz. 2223., von Amtswegen ergänzt werden: er muß auf den eingeklagten Theil alsdann sprechen, ohne für oder wider die Schuldigkeit im übrigen Theil sich zu erklären. Wenn nun aber in der Folge der Gläubiger auf diesen unberührt gebliebenen Theil Forderung nachbringt, und der Schuldner behauptet, die Klage seye deswegen vorhin getheilt worden, weil der übrige Theil schon durch irgend ein Erlöschungsmittel getilgt gewesen sey: dann entsteht die Frage, ob nun der Schuldner diese Tilgung erweisen müsse, oder ob ihm die allerseits ohne Widerspruch zugelassene Klagtheilung für eine gesezliche Vermuthung der Tilgung gelte. Das erstere behauptet Wurmser XXVIII. Obs. 7., weil eine Erlassung nicht zu vermuthen sey. Allein dieser Grund

ist nicht durchgreifend. Erlassung ist nicht der einzige Erlöschungsweg; um eine Tilgung zu vermuthen, bedarf es daher nicht, daß man annehme, die Schuld sey erlassen, sie kann auch baar gezahlt, wettgeschlagen seyn u. s. w. Hiernächst gibt es allerdings auch muthmaßliche Erlassungen, Sz. 1283. Entscheidend aber ist der Umstand, daß kein Gesez einer Theilforderung die Folge gibt, es solle dadurch eine Vermuthung der Tilgung des andern Theils daraus hervorgehen, daß hingegen die allerseitige Unterlassung einer Einwendung gegen die Theilung im ersten Prozeß auf eine stillschweigende Uebereinkunft der Theilung, wovon die Vertragsursache unangegeben geblieben ist, natürlich hinführt, mithin diese allein als Grund, warum das Uebrige nicht in der vorigen Urthel enthalten, anzusehen sey, folglich so wenig als aus jeder andern stummen Urkunde eine Vermuthung gegen die Richtigkeit der Forderung entsteht. Dagegen kann allerdings je nach Umständen der Grund jener Uebereinkunft auf eine Klagtheilung in einer Tilgung des andern Theils der Forderung durch richterliche Vermuthung gesucht werden, und in so weit folglich ein solches TheilUrthel als ein Theil eines VermuthungsBeweises der Tilgung der Schuld vom Richter angenommen werden, so wie oft auch aus stummen Urkunden ein Anfang eines Verdachts gegen eine Schuld hervorgeht.

---

106. Pfand-

106.

Pfandklage mehrerer Erben.

Die Lehre, daß von mehreren Erben keiner einzeln das Pfand ganz lösen könne, sondern jeder nur eine Theilklage habe, so lang die MitErben ihm ihr Recht nicht übertragen, Leyser CLV. Med. 2., findet wegen Saz 1224. im Napoleonischen Recht nicht statt, sondern hier fordert jeder mit Recht das Ganze, und die MitErben können sich nachmals nur an ihn halten. Ein anderes würde es jedoch seyn, wenn ein anderer Erbe Einsprache in Zeiten einlegte, denn da er eben so gut das Recht hat, das Ganze zu fordern, so wird damit ihre zusammenstoßende Forderung durch die Natur der Sache zur Theilforderung. Ein anderes wäre es auch wenn die Erben bedungen hätten, daß die Zurückforderung nur von ihnen sämmtlich geschehen solle, und dieses dem Schuldner bekannt gemacht worden wäre; denn jenes Geding ist ein erlaubtes, Sz. 1224 Abs. 5., und gilt somit unter den Vertragspersonen als Gesez, Sz. 1134., folglich bestimmt es dem älteren Landrechtsgesez die Kraft, Sz. 6 c. Zwar möchte man denken, es sey an einer bloßen Bekanntmachung nicht genug, um den Pfandschuldner das Recht zu nehmen, an einen der Erben ganz zu zahlen, sondern seine Mitbewilligung sey nöthig, um dessen Recht zu ändern, Sz. 1165. Allein hierbey ist kein Recht des Schuldners befangen: sobald seine Schuld verfallen ist, muß er sie ganz bezahlen: ob sein bezahltes Geld von Einem oder von Mehreren eingestrichen werde, kann ihm gleichgültig seyn, sobald nur die Zahlung gültig ist. Nicht eben so gleichgültig

kann es ihm zwar seyn, wenn sich durch die SammtErhebung die Zahlung verzieht: da ihm aber das Mittel der Zahlung durch Darlegung und Hinterlegung, Sz. 1257., immer bleibt, so wird die Natur seiner Rechte durch jenen Vertrag nie ergriffen, und es bleibt also bey der für die bloße Verhütung einer Zahlung an denjenigen, der zuvor erhebungsberechtigt war, im Sz. 1690 und 2075. geordneten Bekanntmachung.

107.

Theilbarkeit der Gewährleistung.

Die Gewährleistung ward vorhin unter dem Gesichtspunkt erfaßt, daß die Handlung der Vertretung vor Gericht die Hauptverbindlichkeit ausmache, L. 62. §. 1 ff. de evict., wie sie denn auch im Deutschen daher den Namen einer Leistung hat, Erl. V. S. 491. Als solche sah die Rechtslehre sie für etwas untheilbares an, das eine Sammtverbindlichkeit nach sich ziehe, Carpzov II. Const. 34. Def. 29.; Gail II. Obs. 14. Dieses war jedoch nur uneigentlich gesprochen, denn die Gesetze sagen nur, daß von Mehreren keiner einzeln belangt werden könne, daß wenn Einer aber einzeln erscheint, nachdem alle zu Recht gefordert worden sind, das gegen ihn zu Recht erkannte auch die übrigen verbinde, und nachmals der Zugriff gegen einen jeden nur zu seinem Theil statt finde, L. 62. cit. vergl. mit L. 85. §. 5. und L. 139 ff. de Verb. Obl. Wo keiner einzeln belangt und keiner einzeln das Ganze zu zahlen angehalten werden kann, da ist keine untheilbare und keine

Digitized by Google

Sammtverbindlichkeit, sondern nur eine gemeinschaftliche Verbindlichkeit, das ist eine theilbare aber noch ungetheilte, (St. 104.) In diesem richtigen Sinn jener alten Rechtslehre kann man nun auch sagen, es stehe diese Wahrheit noch jezt bey jenen Gewährleistungen fest, wo gleich Anfangs mehrere Verkäufer sind, weil es hier die Natur aller Verbindlichkeiten zur Regel gibt (St. 104.), und der Gesezttitel vom Kauf für dieses Rechtsgeschäft und dessen einzelne Verbindlichkeiten keine Ausnahme macht, zumahl da die alte Ansicht als ob eine Handlung, nemlich jene der Rechtsvertretung, die Hauptsache der Verbindlichkeit sey, in unserer Rechtsverfassung wegfällt. Diese sucht in der Gewährleistung nichts als Verbindlichkeiten zu geben, wie der ihre einzelne Bestandtheile aufzählende Saz 1630. deutlich zeigt, und sie betrachtet die Leistung der Rechtsvertretung nur als einen dem Gewährpflichtigen zu Abwendung des Gebens offen stehenden Rechtsvortheil, also als etwas das nicht in der Verbindlichkeit, sondern in der Befugniß liegt, das sich zu jener als Nebensache verhält, und das folglich die Natur der Hauptsache nicht bestimmen kann. Da nun diese Hauptverbindlichkeit des Gebens auf Geld gerichtet ist, also auf eine theilbare Sache: so kann die Gewährleistung keine untheilbare Verbindlichkeit seyn, und wo ein Zusammenstehen Mehrerer in der Ausübung statt finden soll, da muß es nur aus dem Zusammenwirken für die Entstehung abgeleitet werden, und stellt alsdann eine obwohl theilbare doch ungetheilte Verbindlichkeit dar. Vorausgesezt wird jedoch hierbey, daß von einer einfachen Gewährleistung die Rede sey, und nicht von einer Gefährdeklage, z. B. aus Sz. 1599. wegen wis-

sentlichem Verkauf einer fremden Sache; denn hier ist die nach dem Saz 1382. aus einer unrechten That ausgehende Klage allerdings gegen alle diejenige, welche mit Wissen Theil haben, auf Sammtverbindlichkeit gegründet, Saz 1382 d. Uebrigens ist diese ungetheilte Eigenschaft kraft des vorhin gegebenen Beweises nur auf Mehrere die ursprünglich in der Verbindlichkeit stehen, anwendbar: wo sie erst durch Erbrecht in die Verbindlichkeit treten, da sollte die allgemeine Rechtsregel eintreten, daß theilbare Schulden zwischen den Erben jedesmahl kraft Gesezes getheilt seyn sollen, Hommel Rhaps. Obs. 176., Stryck de caut. contr. S. 3. C. 4. §. 4., die auch das Napoleonische Gesezbuch angenommen hat, Sz. 1220. Dennoch gab hier das römische Recht einer Ausnahme Plaz, und ließ hier die Erben, zwar nicht sammtverbindlich, aber doch gerade so, wie jene die von Anfang gemeinschaftlich die Schuldner geworden wären, ungetheilt haften, wie die oben gedachten Gesezе bezeugen. Diese Ausnahme kann jezt nicht mehr eintreten, denn da einmahl die Gewährleistungs-Pflicht in sich eine theilbare Sache nach dem neuen Recht ist, so kann auch die bey allen theilbaren Sachen den Erben kraft Gesezes zugeschiedene wirkliche Theilung hier nicht beseitigt werden, wenn nicht eine der fünf im Saz 1221. genannten Ursachen als anwendbar erscheint, von diesen treffen die vier ersten die Gewährleistungsforderung niemahls, und die fünfte trifft sie nur alsdann, wann ein besonderes Geding ausdrücklich oder folgweise die Untheilbarkeit für Erben aufgestellt hätte. Dieses UntheilbarkeitsGeding, dessen Gültigkeit nach römischem Recht bezweifelt, Franzkius I. Resol. 6., Mevius V. Dec. 66. 67. wiewohl

Digitized by Google

von Andern auch vertheidigt wurde, Stryck l. c. S. 3. C. 4. §. 6 et 7., ist jezt vermög des Sz. 1221. Abs. 5. unstrittig erlaubt, aber alsdann führt es auch eine wahre Sammtverbindlichkeit, und also mehr mit sich als nach römischem Recht der Gewährleistung zugestanden war, welches nur eine Ungetheiltheit der Verhandlung mitbrachte, und neben ihr eine Theilung der Zahlung gesezlich bestehen ließ.

108.

Straf- und Schadensklagen gegen Erben.

Von dem Uebergang der Klagen auf die Erben sagt unser Gesezbuch ausdrücklich nichts. Inzwischen daß das Recht eine Klage anzustellen auf Erben übergehe, folgt aus dem Uebergang aller nicht ausgenommenen Rechte und Forderungen auf den Erben, Sz. 724., und aus der Regel, daß jeder im Zweifel für sich und seine Erben erwerbe, Saz 1122. Daß auch die Last mit einer Klage belangt zu werden bey VertragsVerbindlichkeiten auf Erben übergehe, ist nicht weniger eine Folge aus leztgedachter Regel, besonders nach jener Fassung die ihr gerade deswegen in unserer Uebersezung gegeben ist, Erl. III. S. 34., wie dann eben auch deshalb bey dem Bürgen, wider den die Klage nur ohne das anhängende Recht zum Verhaft auf Erben übergehen soll, das Gesez diese Einschränkung ebenso, wie den Uebergang auf die Erben selbst ausdrücklich bemerkt, Sz. 2017., und damit dem Zweifel vorbeugt, der sonst bey dieser besondern Gattung der Verträge daher hätte abgeleitet werden mögen,

Digitized by Google

weil durch die BürgschaftsUebernahme der Verlassenschaft nichts zu gut gekommen ist, und weil aus diesem Grund manche Landesgewohnheiten die Erben der Bürgen von der Bürgschaftsverbindlichkeit freysprachen, Stryck Usus mod. ff. L. 46. T. 1. §. 13., Lauterbach C. Th. pr. L. 46. T. 1. §. 28. Aber wie es zu halten sey mit dem Recht der Klagen wegen Verbindlichkeiten, die aus Vergehen und Versehen entspringen, das ist mit allen jenen Gründen noch nicht entschieden. Der Gedanke, es sey unbillig die Erben für die ihnen fremde Vergehen und Versehen des Erblassers büßen zu lassen, hat im römischen Recht mancherley Einschränkungen der Statthaftigkeit einer Klage aus Vergehen wider die Erben hervorgebracht, welchen zufolge ein Uebergang auf Erben, so weit die Klage eine Strafe bezweckte meistens gar nicht, und so weit sie eine Entschädigung zum Gegenstand hatte, nur in so weit als von dem Vergehen etwas auf die Erben gekommen war, statt fand, vergl. L. 52 ff. de rei vind. Aehnliche Betrachtungen sind der Napoleonischen Gesezgebung nicht ganz fremd: sie läßt die UndanksKlage niemals wider die Erben des undankbaren Beschenkten statt finden, Sz. 957.: man könnte verleitet werden, daraus abzuleiten, daß die Klagen aus Vergehen nicht gegen Erben angestellt werden könnten. Allein diese Rechtsähnlichkeit wäre zu allgemein gegriffen: dieses Gesez hat hier eine eigentliche rachartige Strafklage im Auge (actio vindictam spirans): denn der Rückfall einer Schenkung ist hier nicht Entschädigung für einen durch den Undank erlittenen Schaden, sondern Vergeltung eines durch Undank dem Schenker zugefügten Schmerzens, durch den Gegenschmerz des Geschenkverlusts. Rechts-

Digitized by Google

ähnlichkeit kann von solchem nur auf andere ähnliche rachartige Strafklagen gezogen werden — deren jedoch der Code Napoleon keine weiter kennt — aber keineswegs auf bloße gemeine Entschädigungsklagen. Bey diesen, womit jemand nur Ersaz dessen sucht, was ihm durch die That an seinem Vermögen abgeht, ist kein Grund da, warum der Erbe diese Schuldigkeit seines Erblassers nicht eben so gut abtragen sollte, als andere Schuldigkeiten desselben. Muß er ja doch wie oben bemerkt ist, BürgschaftsSchuldigkeiten bezahlen, von denen eben so wenig als von Vergehen und Versehen das Vermögen des Verstorbenen reicher geworden ist? Eine Büßung fremder Schuld kann dieses niemals genannt werden: denn entweder die Verlassenschaft reicht hin zur Bezahlung, so tritt das bekannte natürliche Rechtssprichwort ein, daß Vermögen nur nach Abzug der Schulden oder mit abzugsweiser Einrechnung derselben, sich verstehe, und bewirkt daß an den Erben nichts kommen kann, ehe diese Schuld bezahlt ist, welches — und nicht die Fortwirkung der Verschuldung des Erblassers auf den Erben — nach der Sprache der Gesezе der rechtliche Grund der Vererbung der Verbindlichkeit und diese ganz in der gesezlichen Natur der Erbschuldenzahlung gegründet ist, Sz. 826. 872. Oder die Verlassenschaft reicht nicht hin, der Erbe hat aber mit Vorsicht die Erbschaft angetreten; so zahlte er nicht mehr als er Vermögen vorfindet, Sz. 802., und leidet also von den Folgen der Verschuldung des Erblassers wieder nichts auf sich; oder er hat ohne Rechtsvorsicht sich eingemischt, in diesem Fall büßt er durch Zahlung des Ganzen mittelst eigenen Zuschusses, nicht die Schuld des Verstorbenen, sondern seine eigene in Unterlassung jener Vorsicht, wobey es

Digitized by Google

wiederum einerley ist, ob aus Verträgen oder Vergehen die Schuldigkeit herstamme, die er unvorsichtig übernommen hat. Eben darum kann auch in unserer Rechtsverfassung davon nicht die Frage seyn, ob die Klage wider Erben auf das Ganze, auf das der Verlassenschaft zu gut gekommene, oder auf das darinn noch Vorfindliche gehe. Von allen diesen Unterschieden hat das Napoleonische Recht keinen aufgenommen, es bleibt für alle Schulden ohne Unterschied bey der einen Frage stehen, ob die Verlassenschaft zureiche, auch allenfalls für das Nichtzureichende zuzuschießen, der Erbe durch Vorsichts-Mangel verbindlich geworden sey, oder nicht. Der Richter darf daher auch keinen andern Unterschied eintreten lassen, Sz. 6 a. h., muß folglich die Klage auf das Ganze auch bey Schulden aus Vergehen oder Versehen annehmen, sie aber nur zur Zahlung kommen lassen, so weit die Verlassenschaft zureicht, oder stillschweigende Uebernahme den Erben selbst verbindlich macht. Für jenen aus dem allgemeinen Geist unseres Gesezbuchs oben abgeleiteten Uebergang der vollen Entschädigungsklage auf Erben des Schuldners, sprechen noch besonders Sz. 1232. und 1233. Denn wenn sie sagen, ein Strafgeding (das nach Sz. 1229. als eine in ihrem Betrag durch Geding bestimmte Entschädigung behandelt wird,) mache auch noch die Erben verbindlich, so daß eine erst von den Erben geschehene Uebertretung wegen der angenommenen Erbschaft sie der Strafzahlung unterwirft, wieviel mehr muß es sie wegen der nemlichen Ursach jener unterwerfen wollen, die schon der Erblasser verwirkt hatte? Es wäre eben so unerhört als widersinnig, zu sagen, die Verbindlichkeit eines Vertrags zu seiner ferneren Erfüllung gehe auf den Erben über, aber

Digitized by Google

die Folgen seiner früheren schon eingetretenen Erfüllung nicht. Gehen aber solche Strafgedingsklagen gegen Erben, so ist es ein sichrer Beweis, daß der Gesezgeber Entschädigungsklagen gegen Erben statthaft finde, wegen Saz 1229.

109.

Rückgängig gemachte Verträge.

A. hatte dem Z. eine Flötenuhr für neunhundert Gulden abgekauft, einhundert baar darauf bezahlt, und in 14 Tagen sie abhohlen zu lassen, verabredet, in der Zwischenzeit reut es den A., er schlägt dem Z. statt der Abholung der Uhr vor, den Handel wieder aufzuheben, dieser antwortet er lasse sich es gefallen, und so gehen sie auseinander. Einige Zeit darauf fordert A. seine hundert Gulden zurück: Z. sagt, so sey es nicht gemeynt, daß er diese herausgeben wolle. A. fragt an: ob und wie er auf deren WiederErlangung klagen könne? Nach römischem Recht würde keine Klage auf Zurückgabe des Angelds, wohl aber auf Erfüllung des Kaufs, als ob kein Rückgangsvertrag dazwischen gekommen wäre, statt gefunden haben, L. 2. C. quando ab emt. lic. disc. Diese Entscheidung floß aber aus der römischen Unverbindlichkeit der nakten Verträge, und seit deutsche Gewohnheiten deren Verbindlichkeit allgemein gemacht hatten, fand die Anwendung jenes Gesezes Widerspruch, Puffendorf P. 1. Obs. 48. Für unseren Fall würde diese Lehre allein noch nichts entschieden haben, sondern es würde darauf angekommen seyn, ob der Rück-

Digitized by Google

gangsvertrag auch dahin auszulegen sey, daß alles wieder in den vorigen Stand zurückkehre? Im Zweifel ward dieses dem Recht für gemäß angesehen, Puffendorf l. c. Abgesehen davon, ob dieses nach altem Recht in der Ordnung war, würde wenigstens nach neuem Recht diese Entscheidung nicht die richtige seyn. Wechselseitige Einwilligung ist zwar nicht nur nach dem Geist des Landrechts, Erl. IV. S. 169., sondern selbst nach dessen klaren Buchstaben, Saz 1134., ein gültiges Mittel die Kraft der Verträge aufzuheben. Allein in der Regel bezieht sich ein Vertrag, der unter den Vertragspersonen Gesezeskraft hat, Sz. 1134., gleich diesen, ohne rückwirkende Kraft nur auf die Zukunft, Sz. 2. Um daher eine Rückforderung zu begründen, hätte dieses hinlänglich als Sinn der Vertragspersonen ausgedruckt seyn müssen. Das würde es wohl in dem Fall gewesen seyn, wenn A. die Uhr schon empfangen gehabt und zurückgegeben hätte: alsdann hätte der Z. durch die Zurücknahme an den Tag gegeben, daß seine Einwilligung auch auf eine Rückwirkung gehe, Sz. 1108 b., und wenn er nun sagen wollte, er habe diese stillschweigende Einwilligung nur zu seinen Gunsten auf die Kaufsache, nicht aber auf eine gegenseitige Rückwirkung im Kaufschilling verstanden, so würde die Antwort seyn, es handele sich hier um einen Vertrag auf Umsaz, wo die Gegengabe (hier der Kaufschilling) Gegenwerth der Gabe (hier der Kaufsache) sey, Saz 1104., und wo daher jede WillensErklärung oder Einwilligung eine Doppelbeziehung auf Werth und Gegenwerth habe, wo ein solch stummer Vorbehalt für einen Kunstgriff den Anderen zu einer VertragsEingehung gegen seine Absicht zu vermögen, angesehen werden müßte, Sz. 1116.,

Digitized by Google

der demjenigen, der ihn begieng, nie nuzen darf, Sz. 1117 a.; nach aller Billigkeit, welche dem Ausgedruckten gleichgilt, Sz. 1135., müßte also die einmahl bewilligte Zurücknahme gegenseitig verstanden werden. Allein hier war die Uhr noch nicht empfangen, die Erklärung des A. enthielt nichts, was auf die niemals zu vermuthende Absicht einer Rückwirkung deutete; ihr konnte bloß durch Beziehung auf die Zukunft, ein folgerichtiges Genüge geschehen, indem sie dahin gezogen wurde, daß der A. dem Z. die Uebergabsschuldigkeit erlassen wolle, gegen dem daß dieser ihm die Zahlungsschuldigkeit erlasse. Diesemnach konnte Z. auch in den Antrag einwilligen, ohne daß in irgend einer Hinsicht ein folgerichtiger Schluß auf Rückgabe des empfangenen Angelds daraus hervorgienge. Zwar ward gesagt a.) es sey unbillig, daß Z. die ganze Sache behalte, und A. doch einen Theil des Kaufschillings verliere, das Billige aber gelte für ausgedruckt, Sz. 1135. Darauf aber steht zu erwiedern, jene Unbilligkeit sey im Allgemeinen nicht zu behaupten, denn wie z. B. wenn A. aus Liebhaberey die Uhr um 250 fl. zu theuer gekauft, nun aber gefunden hätte, daß er so viel auf seine Liebhaberey nicht wenden könne, daher lieber die gegebene 100 fl. als den vollen Zuvielbetrag der 250 fl. hätte verlieren wollen. Wäre es hier nicht billiger, daß A. für seinen unbesonnenen Kauf etwas zurückläßt, als daß Z. ohne alles Entgeld die Uhr auf die Wagniß, wie bald wieder ein annehmlicher Käufer kommt, behalte. Sobald aber die Billigkeit nicht aus der That allein und unter allen Umständen, sondern nur nach Umständen eintritt, so kann das, was dadurch nur unter solchen Umständen begünstigt wird, nicht als etwas in Vertrag ausgedrucktes angesehen

werden, wozu nur das allgemein Billige tauglich ist. Es wird gesagt: b.) Entsagung werde nicht vermuthet, Sz. 784., darauf aber geantwortet: Entsagung kann nur wirksam seyn wo ein bestehendes Recht erlöschen soll; hier aber besteht vor dem RückgangsVertrag kein Recht zur Rückforderung des Angelds, wer es durch diesen nicht sich bedingt, der ist nicht im Fall zu entsagen, sondern bloß in dem Fall nicht neu zu erwerben, da nun der Erwerb eine Thatsache ist, die erwiesen werden muß, so ist in dessen Ermanglung die Vermuthung allerdings dagegen. Zwar wird dieser Grund auch so gewendet, c.) die Zurücklassung des Angelds würde eine Schenkung seyn, und diese werde nicht vermuthet. Mag lezteres immer seyn, ersteres trifft nicht. Schenken kann man im Sinn des Gesezes nur das, was man hat, oder was man zu fordern ein Recht hat, der Nichtvorbehalt einer Rückgabe des Kaufschillings in dem Auflösungsvertrag, war weder etwas das der Käufer zur Zeit des Vertrags schon hatte, noch etwas das er fordern konnte, sondern er hätte die Forderung dazu erst durch den AuflösungsVertrag erwerben müssen. NichtErwerb dessen, was man erwerben könnte, ist aber keine Schenkung, sowohl nach römischem Recht, das so weit geht, darinn nicht einmahl eine gefährdevolle Veräußerung zu erkennen, wenn es zum Nachtheil der Gläubiger geschieht, als nach französischen, welches zwar allerdings einen NichtErwerb nach Befinden für eine gefährdevolle Veräußerung, Erl. III. S. 112., aber dennoch keineswegs für eine Schenkung, also nicht für ein erwerbendes Rechtsgeschäft ansieht, sondern für ein lediglices Nichtgeschäft, so lang sie nicht mit Bedingungen umwunden ist, Sz. 780. vergl. mit 785. Erl. II.

Digitized by Google

S. 216. Wäre aber auch kein bloßer NichtErwerb vorhanden, wäre wirklich etwas erlassen, was ohne neuen Vertrag hätte gefordert werden können, so ist doch auch noch die Erlassung von einer Schenkung wesentlich verschieden. Diese hat keine Rechtsgunst, kann daher durch bloße Vermuthungen so wenig begründet werden, daß vielmehr ausdrückliche Bewilligung gewöhnlich nicht einmahl zureicht, sondern deren Umkleidung mit eigens vorgeschriebenen Formen noch erforderlich ist, Sz. 931. 1001., dagegen Erlassungen fordern keine Formen, und werden vom Gesez aus mancherley Umständen vermuthet, Sz. 1282—1287.: namentlich stellt das Gesez die Vermuthung auf, wer einen Sammtschuldner etwas erlasse, habe es allen erlassen, wenn er es nicht ausdrücklich vorbehalten hat, Sz. 1285: diese Rechtsgunst der Erlassungen, welche für erlassen annimmt, was nicht vorbehalten ist, sobald nur eine mögliche Deutung auf eine ErlassungsAbsicht in einer Erklärung liegt, gibt die genaueste Rechtsähnlichkeit um auch in unserem Fall, wo ohne Vorbehalt der Rückgabe des Angelds der Kauf aufgehoben wurde, die Forderung desselben, wenn sie ja ohne ausdrückliches Geding ein Daseyn gehabt hätte, für erlassen anzusehen. Zwar ward noch eingewandt d.) durch die Aufhebung des Vertrags habe die geschehene Zahlung des Angelds ihre VertragsUrsache verloren, und könne also wegen Mangels der VertragsUrsache zurückgefordert werden, Pufendorf P. I. Obs. 59. Allein mißtrauisch in diesen Einwand muß man schon dadurch werden, daß Roms Gesezgeber, der doch auch die condictionem sine causa kannte, in obigem Gesez entschied, es finde keine Klage auf Zurückgabe des Kaufschillings statt, weswegen er jene Klage auf einen

solchen Fall nicht anwendbar gefunden haben muß. Unser Landrecht löset aber allen Zweifel vollends, weil es nur da den Mangel der VertragsUrsache für wirksam erklärt, wo der Vertrag auf einer Ursache beruhte, die entweder nicht vorhanden, oder unrichtig, oder unerlaubt war, Sz. 1131. Keines von allen Dreyen ist hier der Fall: die Uebereinkunft der Zahlung hatte seiner Zeit ihre wirkliche, richtige, und erlaubte Ursache, nemlich den Erwerb der Uhr. Diese ist auch nicht aus einer gleichzeitigen Ursache vernichtet, daß sie deswegen für nicht vorhanden angesehen werden könnte, sondern sie war da, und nur durch eine neue Uebereinkunft hat sie ihr Daseyn verloren: sie ist also nicht geeignet, jenem Gesez über Mängel der VertragsUrsache unterlegt zu werden, wohl aber jenem Gesez, welches sagt, daß eine nachfolgende Veränderung der Umstände ein bestandenes Rechtsverhältniß in der Regel nicht erlöschen macht, Sz. 1234 a. würden jedoch Umstände vorgebracht worden seyn, die unzweydeutig an den Tag gelegt hätten, daß A. nicht ohne Rückempfang des Angelds den Kauf habe aufheben wollen, (deren in dem in Frage gestellten Fall keine vorgelegt waren) und würden nicht zugleich solche weitere Thatsachen vorgekommen seyn, aus denen eine stillschweigende Einwilligung des Z. in die Zurückgabe folgerichtig hätte geschlossen werden können, so würde die Entscheidung der Leg. 2. cit. daß nicht auf den Rückgang, wohl aber auf die Erfüllung des Kaufs zu klagen sey, die allein richtige seyn. Denn in diesem Fall würde der Rückgangsvertrag auf einer wesentlichen Meynungsverschiedenheit über die rückwirkende oder nicht rückwirkende Art der Uebereinkunft beruht haben, welche als ein Irrthum der die Eigenschaft des Vertrags

betrifft, denselben vernichtet. Fällt aber hierdurch der Rückgangsvertrag zu Boden, so bleibt der Kaufvertrag mit seinen Folgen aufrecht.

110.

Theilverbindlichkeit der Urtheile.

Daß ein Urtheil, das rechtskräftig ist, wegen der ihm beygelegten Kraft einer gesezlich gebietenden Vermuthung der Wahrheit seines Inhalts, Sz. 1350., diejenige die es mit einander ungetheilt oder Einer für Alle und Alle für Einen zu zahlen anweiset, sammtverbindlich, und alle die es, jeden zu seinem Antheil zu zahlen anweiset, nur theilverbindlich mache, das ist ohne weitere Herleitung von selbst einleuchtend. Daß ferner ein solches Urtheil, wenn es mehrere zu zahlen anweiset, von einer Theilzahlung im Zweifel zu verstehen sey, wie es L. 43 ff. de re judic.; L. 10. §. 3 ff. de appell.; L. 1. C. si plures un. sent., auch schon ordneten, ist hinlänglich erkennbar aus Sz. 1202., welcher will, daß jede Festsezung einer Verbindlichkeit Mehrerer für eine Theilverbindlichkeit auszulegen sey. Aber die Rechtslehrer wollten aus dem lezten der obigen Gesezе ableiten, daß dieses unbestimmte Urtheil auch alsdann, wenn zuvor unstrittig eine Sammtverbindlichkeit zum Grund gelegen habe, diese aufhebe, Menken ff. L. 42. T. 1. §. 24. Jene L. 1. war kein hinlänglicher Grund für diese Behauptung, denn sie erklärt nicht, daß sie den Fall einer vorhin bestandenen Sammtschuldigkeit vor Augen habe: mehr Grund könnte man dafür aus der Formgebundenheit der

römischen Urtheile und der Lehre von der Rechtswandlung durch die Kriegsbefestigung entlehnen. Dem sey wie ihm wolle, für uns gilt jener Saz nicht mehr. Von einer Rechtswandlung durch Einlassung auf eine Klage, weiß unser Gesez nichts; so weit sie je angenommen, und alsdann aus der Natur der Sache erklärt werden darf, ist sie nur ein bestärkendes Nebengeschäft, das immer die Natur des Hauptgeschäfts annimmt, und das Hauptgeschäft nicht aufhebt folglich auch keine Rechtswandlung, Sz. 1271. Abs. 1., die ohnehin im Zweifel niemals angenommen werden darf. Das Urtheil muß immer als den Rechten gemäß angesehen werden, schweigt es von Sammt- oder Theilverbindlichkeit, so muß dieses als ein Zeichen angesehen werden, daß die Partheyen in den Handlungen darüber auch geschwiegen haben, da nun der Kläger ein Sammtrecht nur durch freywillige Theilung gegen Alle verlieren kann, Sz. 1210. und 1211. und diese bey einer Einklagung gegen Alle, wo nicht über Theilung gesprochen wird, nicht vorhanden ist, so muß auch die Urthel hier sammtverbindlich wirken.

III.

Rechte der ZahlungsGenossen.

Um Rechte der Zahlungsgenossen zu ermessen, kommt es hauptsächlich darauf an, ob jemand seines Vortheils wegen oder wegen dem Vortheil der Hauptvertragspersonen zur ZahlungsGenossenschaft aufgenommen worden ist, Erl. V. §. 87. Aber es läßt sich gedenken, daß in einzelnen Fällen nicht zu erkennen sey, wessen Begünstigung

damit

damit bezweckt worden sey! Für solchen Fall sprach die alte Rechtslehre, der Zahlungsgenosse, welcher dem Haupt-Gläubiger gliederweise (disjunctive) z. B. durch oder beygesezt worden, habe ein Sammtrecht, derjenige aber der verbindungsweise (conjunctive) z. B. durch und beygesezt worden, habe gar kein Recht, und der dem er beygefügt ist, habe nur ein zu seinem Antheil gültiges, Berger Dec. Jur. L. III. P. III. Th. 3. Nro. 5. Der erste Theil der Behauptung hat noch jezt seine Richtigkeit; denn es geht aus der Natur der Sache hervor, daß der, welcher sich Einem oder dem Andern verpflichtet, keine Theilbarkeit im Sinn hat, und durch den von beeden der zuerst befriedigt wird, frey werden will, welches die Natur eines Sammtrechts ist, Sz. 1197. Aber der zweyte Theil jener Behauptung muß auf den Fall beschränkt werden, wenn der Zahlungsgenosse das Empfangsrecht ausgeschlagen hat. Denn sobald er es annimmt, konnte durch einen Dritten, den er als bloßer Genosse allemahl noch in einer der Hauptvertragspersonen zur Seite hat, allerdings ein Recht ihm erworben werden, Sz. 1121. Sobald er es aber ausschlägt, kann natürlich derjenige, der es ihm nur so bedung, daß er neben ihm dadurch ein Recht erlangen sollte, sich dieses Rechts ohne Willen des versprechenden Theils nicht zueignen, mithin nur alsdann das ganze Versprochene sich eigen machen, wenn es eine untheilbare Sache war, welche die SammtEigenschaft in sich selbst trägt, Sz. 1202. und 1222.

Digitized by Google

112.

Gültigkeit der Zahlung einer Frauenschuld an den Ehemann.

Vorhin wurde hin und her gestritten, ob man einem Ehemann als gesezmäßigem Verwalter des Frauenguts eine Schuld der Ehefrau ohne deren hinzukommende Bewilligung gültig zahlen könne: die bejahende Meynung vertheidigten Mevius IV. Dec. 32.; Hommel Obs. 278., die verneinende Wernher I. Obs. 258., Berger El. Disc. For. T. 8. Obs. 6. Nro. 5. Jezt ist die bejahende Meynung die gesezliche: nemlich entweder ist eine GemeinschaftsEhe vorhanden, alsdann ist, vorausgesezt daß eine FahrnißGemeinschaft obwaltet, der Mann allein über das Gemeinschaftsvermögen zu verfügen befugt, und kann es ohne deren Einwilligung verändern, Sz. 1421., ist eine bloße ErrungenschaftsGemeinschaft verabredet, oder die Fahrniß verliegenschaftet, so fällt zwar hierdurch stillschweigend die freye VeräußerungsGewalt weg, aber da der Mann doch zur Gemeinschaft den Genuß zu ziehen hat, der das Recht gibt, alle zur Nuznießung gehörige Sachen zu übernehmen, Sz. 600., und die verbrauchbaren auch unter Vorbehalt der Erstattung zu verbrauchen, Sz. 587., so zahlt man ihm unstrittig gültig. Das Nemliche gilt aus gleichem Grund für Recht bey den nuznießlichen NichtgemeinschaftsEhen, wo das Gesez namentlich auch das Recht, die Fahrniß in Empfang zu nehmen, dem Mann gibt, Sz. 1531. Wenn von dem zugebrachten Gut in bewid-

meten oder in SondergutsEhen die Frau dem Mann die Verwaltung überläßt, so soll er als ihr Gewalthaber betrachtet werden, daß man aber einem Gewalthaber gültig zahle, ist wiederum außer Zweifel, Sz. 1998. Es bleibt daher nur der Fall übrig, wenn vom zugebrachten Gut die Verwaltung nicht überlassen ist; hier ist er nur Ehevogt, und kann also nur mit der Frau, nicht für dieselbe allein gültig handeln, Sz. 1576., weil sie nicht an seinen Willen, sondern nur an Vernehmung seines Raths gebunden ist, Sz. 219. und 215 f., folglich er durch Alleinhandeln sie nicht verbindlich machen kann. Da aber hier der Mann nicht ein gesezmäßiger Verwalter ist, so hindert dieses die oben ausgesprochene Regel nicht.

113.

Rückruf der Zahlung an den Schuldner des Schuldners.

Daß man, so wie ehemals nach L. 6 ff. de dol. mat. exc. also noch jezt nach Sz. 1239., dem Schuldner seines Schuldners mit Sicherheit Zahlung leisten könne, ist richtig, jedoch wenn ehemals nur nöthig war, daß die Schuld richtig und klar sey, Leyser DXXVIII. Med. 3., so wird jezt gefordert, daß nicht nur an sich, sondern auch unter Umständen, das Beste des Schuldners mit dieser Zahlung gefördert werde, Erl. III. S. 176., wohin nahmentlich auch das gehört, daß wenn der Schuldner des Zahlenden mehrere Schulden bey Einem oder bey verschiedenen Gläu-

Digitized by Google

bigern zu zahlen hat, die im Sz. 1256. festgesezte Befugniß auf den beschwerlichsten zuerst seine Zahlung aufrechnen zu lassen, ihm nicht entgehen darf. Da es also leicht geschehen kann, daß der Schuldner die seinem Schuldner geschehene Zahlung verwirft, weil sie sein Bestes nicht befördert, so möchte es scheinen, die alte Lehre sey ferner beyzubehalten, daß der Zähler, so lang vom Hauptschuldner die Zahlung an seinen Schuldner nicht schon genehmigt ist, solche als eine Zahlung zur Ungebühr zurückrufen könne, Leyser DXXVIII. Med. 5. Dennoch sagte ich, Erl. III. S. 177., daß der Rückruf erst statt finde, wenn der unmittelbare Schuldner, die seinem Schuldner geschehene Zahlung verworfen hat, und behaupte auch noch diese Meynung. Denn der Zwischensaz, woraus Leyser die frühere Rückrufungsbefugniß ableitete, weil der Zahlende dem Gläubiger seines Gläubigers nichts schuldig gewesen sey, ist unrichtig: die Schuld die ein Anderer meinem Schuldner schuldet, gehört zu dem Vermögen des lezteren, also zu meinem natürlichen Pfand, Sz. 2093., auf das ich, wo es zu meiner Befriedigung nöthig ist, greifen kann, Sz. 1166., also hat der Zähler damit keineswegs eine vermeynte, aber nicht vorhandene Forderung bezahlt, vergl. Sz. 1376., sondern eine wahre, die es nur erst da zu seyn aufhört, wo der unmittelbare Schuldner durchdringt, die Zahlung zu verwerfen. Nur da, wo aus Irrthum, z. B. auf eine vermeynte Anweisung, die Zahlung an den Schuldner des Schuldners geschehen wäre, könnte sie früher zurückgerufen werden, Sz. 1377.

114.

Zahlungen zum Nachtheil eines Dritten.

Der C. N. erklärt die Zahlung an den redlichen Besizer einer Forderung zwar für gültig, Sz. 1240., aber nicht für eine Schuldigkeit des Schuldners; dagegen macht er diesem zur Schuldigkeit, an den Gläubiger, an dessen Gewalthaber oder an den der vom Gesez oder Gericht zum Empfang ermächtigt ist, zu zahlen, Sz. 1239., so lang nicht Beschlag oder Einsprache es hindert, Sz. 1242. Ferner erklärt er im richtigen Zusammenhang mit jenen allgemeinen Grundsäzen, daß der Rechtsnehmer den Besiz einer abgetretenen Forderung nur durch öffentliche Bekanntmachung der geschehenen Uebertragung erlange, Sz. 1690., und daß ein Faustpfand auf einem Schuldbrief nur hafte, wenn die Verpfändung dem Schuldner kund gethan worden ist, Sz. 2075. Durch alles dieses ist entschieden, daß ein Kundthun des Gläubigers, nicht ein bloßes Kundwerden bey dem Schuldner, erfordert werde, um bey diesem eine Verbindlichkeit zu begründen, statt an seinen ursprünglichen Gläubiger an dessen Gläubiger die Zahlung zu thun. Demnach kann diejenige Ausnahme nicht mehr statt finden, welche im älteren Recht behauptet wurde, daß nemlich der, welcher auch ohne eine solche Verkündung empfangen zu haben, wissentlich seinen Gläubiger zahlt, gegen jenen Dritten verantwortlich werde, Struben III. S. 19. Freylich, um auf die ehemaligen Gründe jener Ausnahme zurückzusehen, ist a.) noch jezt Gefährde der Gläubiger unerlaubt, ja schärfer gerichtet als im

Digitized by Google

römischen Recht, Erl. III. S. 112., aber dieses schlägt hier nicht an, weil der Gläubiger meines Gläubigers nicht der Meinige ist, ehe mir der Rechtsübergang der Forderung an mich gehörig verkündet ist, mithin ich nicht im Fall bin, gegen ihn eine Schuldgefährde zu begehen; b.) aller Betrug ist unerlaubt, aber dahin zählt das Gesez nur Kunstgriffe, die den Andern zu einem Rechtsgeschäft verleiten: darinn aber, daß ich meinen Schuldner zahle, zu einer Zeit wo ich weiß, daß ein Anderer auch auf diesen ZahlungsEmpfang ein Recht erworben hat, daß ist vor sich allein kein Kunstgriff, sondern lediglich ein Gebrauch meines Rechts in einem von den Gesezen unversperrten Fall, der jedem frey stehen muß, c.) die Billigkeit ist allerdings bey jedem Rechtsgeschäft für einbegriffen zu achten, Sz. 1135., aber daraus allein, daß eine an sich rechtsmäßige Handlung einem Dritten nachtheilig werden kann, folgt noch keine Billigkeit sie zu unterlassen. Im Gericht der Herzen selbst würde sie nur alsdann für vorhanden gelten, wenn die Unterlassung des Rechtsgebrauchs mir weit weniger nachtheilig ist, als dessen Ausübung dem Schuldner: aber im Gericht der Welt, wo auch dem hartherzigen Gläubiger sein Recht werden muß, würde eine solche Billigkeit niemahl statt finden können, weil Billigkeit hier überall nur zweifelhafte Bestimmungen aufklären, nicht aber klare Gesezbestimmungen aufheben kann. Um also eine dem ursprünglichen Gläubiger geschehene Zahlung anzufechten, müßte durch hinzukommende Umstände dargethan werden, daß ohne die geheime Absicht den Gläubiger seines Gläubigers zu verkürzen, die vor der Kundmachung aber nach der Kundwerdung geschehene Zahlung an lezteren vernünf-

Digitized by Google

tiger weise nicht begreiflich sey. Dabey würde dieses nicht so allgemein nur behauptet, und dem andern im Allgemeinen ins Gewissen geschoben werden dürfen, sondern die vom Richter folgegebend befundene einzelne Umstände, die der Beweisführer vorzubringen schuldig ist, Sz. 1117 b., würden es seyn, die zu beschwören wären, Eid. Ordn. Sz. 11.

115.

Zahlungsvermuthung aus jüngeren Zahlungen.

Ueber die nächste Rücksicht, warum die römische Verordnung der Vermuthung älterer Zahlungen aus drey jüngeren im Landrecht angenommen worden, s. Erl. III. S. 187. Das Gesez selbst verdient für seine Anwendung einer nähern Entwicklung. Zuerst entstand es in Rom für Schuldigkeiten an Staatsrechner: wer dreymahl hinter einander seine Schuldigkeiten abgetragen hatte, den sollte der Rechner wegen älterer Zahlungen nicht anfechten dürfen, ohne den Beweis des Ausstands zu übernehmen, L. 3. C. de Apoch. publ. Der Augenschein der Zahlungssorgfalt des Schuldners auf der einen Seite, die Pflicht des Rechners alles zu rechter Zeit einzutreiben, und was nicht eingeht klar zu halten auf der andern Seite, deren Erfüllung im Zweifel vermuthet werden muß, waren der Rechtfertigungsgrund jener Vermuthung. Der Gerichtsgebrauch trug dieses auf alle auch Privatquittungen über Rentenforderungen über, anfangs nur auf Gutsrenten, Mynsinger V. Obs. 39. Nro. 6., nachher auf alle auch persönliche Renten, Ley-

Digitized by Google

ser DXXX. Med. 10. Hierdurch veränderte sich die Begründung der Rechtfertigung, indem sie nun auf des Gläubigers Seite nicht mehr in der Pflicht zur Beitreibung lag, sondern in der Unwahrscheinlichkeit, daß ein Gläubiger auf jüngere Forderungen Zahlung annehmen werde, und das sogar ohne Rechtsvorbehalt, wenn ihm noch ältere bey dem nemlichen Schuldner im Ausstand sind. Daß hierdurch die Rechtfertigung dieses Gesezes etwas schwächer geworden sey, möchte man denken, da der Schuldner die erste Wahl hat, zu erklären auf welchen von verschiedenen Schuldposten er zahlen will, Sz. 1253., mithin wohl oft der Gläubiger, wenn der Schuldner auf das jüngere Ziel zahlen will, in dem Fall seyn möchte, von diesem in Güte jezt nichts zu erhalten, wenn er auf ältere Rückstände annehmen wollte, und mithin zu Vermeidung gerichtlicher Umtriebe es auf ältere annehmen zu müssen. Allein niemals war der Gläubiger schuldig, auf eine jüngere Forderung die Zahlung anzunehmen, wenn er nicht wollte, l. 2 ff. de solut., und der Gläubiger ist immer weniger vom Schuldner als dieser von jenem abhängig, da diesem, wenn er sich billigen Forderungen nicht fügen will, durch Aufkündung oder Zugriff zugesezt werden kann, und noch weniger war er, wenn der Gläubiger sich zur Annahme entschloß, gehindert, in der Quittung den ältern Ausstand vorzubehalten. Man konnte also immer sagen, ohne äußerst gelinde und zugleich nachlässig im Gebrauch seiner Rechte zu seyn — was nicht vermuthet werde — könne ein Gläubiger nicht dreymahl hintereinander auf neue Ziele die Zahlung ohne Vorbehalt annehmen, wenn ihm noch ältere ausstehen, und so beruht also das Gesez auch in dieser Ausdehnung auf Privatrenten

noch immer auf zwey wechselseitigen zusammenstimmenden Wahrscheinlichkeiten über Genauigkeit des Schuldners und des Gläubigers in Erfüllung der Pflichten eines guten Hausvaters. Dieser nemliche Grund schlägt dann aber auch bey zielerweise getheilten Hauptstockzahlungen ebenso gut als bey Renten an, deswegen dehnt auch auf sie unser Landrecht, Sz. 1248 a., diese Rechtsvermuthung aus. Diese Entwicklung muß uns leiten, aufmerksam auf die Ausdrücke dieses Zusazes zu werden, um keine unrichtige Anwendung zu machen. Es müssen, damit die Vermuthung statt finden, bezahlt seyn:

a.) drey aufeinander folgende Forderungsziele. Wo ein Schuldner z. B. eine Quittung vom Jahr 1804. für eine Rente desselben Jahrs, dann wieder eine vom Jahr 1806. für das Jahr 1805. und endlich eine vom Jahr 1810. für das Jahr 1806. vorbrächte, da würde der Augenschein der Zahlungsgenauigkeit des Schuldners fehlen, der einen Theil der Grundlage dieser Vermuthung ausmacht, es wären hier wohl nach dem Gegenstand aber nicht nach der Zahlungszeit, also nicht in jenem vollen Sinn, den das Gesez unterstellt, aufeinander folgende Zieler bezahlt: denn in dem Wort Ziel liegt nach seinem Begriff die Betagung auf bestimmte Zeit, und ein Ziel ist also nicht aufeinander folgend bezahlt, wenn nicht in der betagten Zeit die Zahlung geschah, mithin so, daß kein folgendes, wenn es verfiel, ein früheres noch unbezahlt antraf.

b.) Diese Zahlungen müssen Forderungsziele oder zielweise Rechnungen seyn, das heißt, ihre Zerlegung in zeitweise Zahlung muß kraft des ihnen eigenen Rechtstitels geschehen seyn. Wenn also

jemand eine Summe im Ganzen schuldig wäre, der Gläubiger erlaubte ihm sie nach und nach heimzuzahlen, entweder in bestimmten Fristen, oder wie er könnte, diese Gnadenfrist würde die einzelne Zahlungen zu keinen Zielzahlungen machen, und nicht wirken, daß nun aus drey Abschlagszahlungen die Rechtsvermuthung der Zahlung der ganzen verfallenen Schuld aufgestellt werden dürfte, und das eben darum, weil die Auswirkung der Gnadenfristen schon gegen die Zahlungsgenauigkeit des Schuldners spricht, mithin die Grundlage der Rechtsvermuthung gestört, auch gegen die Strenge des Gläubigers in Verfolgung seiner Rechte, als die andere Grundlage angestoßen ist.

c.) Die Zahlung muß jedesmahl ein bestimmtes Ziel umfaßt haben. Da wo jemand nach und nach mit 5 oder 6 Abschlagszahlungen endlich die ganze Summe dreyer Zieler bezahlt hätte, da hätte er damit im rechtlichen Sinn drey Zieler nicht gezahlt, weil seine Zahlung die zum Wesen des Ziels gehörige Zeitbestimmung nicht innegehalten hätte.

d.) es muß ebenderselbe Schuldner und ebenderselbe Gläubiger seyn, von dem die Zahlungen herrühren; hätten sich auf einer oder der andern Seite inzwischen persönliche Aenderungen ergeben, so könnte man Quittungen des Vorfahren und Nachfolgers nicht zusammennehmen, um die in Frage stehende Vermuthung früherer Zahlungen daraus herzuleiten, also z. B. eine Quittung des Gläubigers und zwey seiner Erben oder zwey Quittungen an den Schuldner und eine an dessen Rechtsfolger, begründen nicht den Vermuthungsbeweis der Zahlung älterer Schuldigkeiten des Schuldners. Noch weniger würde ein Fall, wie der ist, wovon Cocceji J. C. L. XLVI. q. III. handelt, dahin

Digitized by Google

gerechnet werden können, da ein Rechner nicht gegen dem Schuldner den er zu zahlen, sondern gegen den Dienstherrn, dem er die Zahlung zu verrechnen hatte, also gegen einen Dritten, die geschehene Zahlung mit dem bloßen Vermuthungsbeweis belegen wollte: denn hier ist nicht mehr die Zahlung zwischen ebendenselben Personen in Frage, wenn sie schon zwischen einerley Personen vollzogen wurde, hier kann auf Seiten des Gläubigers, nemlich des Dienstherrn gar keine Wahrscheinlichkeit aus der Thatsache der vom Rechner geschehenen Zahlung entstehen, also fehlt es an jenem Zusammentreffen zweyer Wahrscheinlichkeiten, das der Geist unseres Gesezes erfordert. Endlich

c.) die drey Zahlungen müssen durch drey Empfangscheine, die keine Rechtsverwahrung oder Rechtsvorbehalte in sich haben, beurkundet seyn, indem durch das Wort: wenn, die gesezliche Vermuthung an deren Ausstellung als Bedingung geknüpft ist, und das abermals aus dem guten Grund, weil da, wo keine Quittungen gefordert und gegeben worden wären, der Augenschein der Zahlungs- und ForderungsGenauigkeit des Schuldners und Gläubigers, als die Grundlage der Rechtsvermuthung wegfallen würde, und man auch nicht sicher wissen könnte, ob das Geld gerade für diese jüngere Forderungen und ohne Rechtsvorbehalt gegeben und angenommen worden wäre. Damit ist nun nicht gesagt, daß diese Quittungen gerade vorliegen müssen, ihr ehemaliges Daseyn und Inhalt kann, wenn sie verloren sind, ebenso wie in anderen Fällen durch unvollkommene Beweise ersezt werden: aber das ist damit gesagt, daß ihr jemahliges Daseyn gewiß werden muß, wenn die gesezliche Vermuthung statt finden soll, anders als die Sache

Digitized by Google

vorhin nach Leyser DXXX. Med. 11. und 12. angesehen wurde: auch möchten

f.) nicht, wie Leyser l. c. Med. 13. und 14. dafür hält, drey Nachlaßscheine, von drey aufeinander folgenden Jahren, oder gar ein Nachlaßschein über drey Jahrszieler eine gesezliche Vermuthung der Befriedigung früherer Zieler wirken, denn wo Nichtgenauigkeit des Schuldners im Zahlen und Nichtstrenge des Gläubigers im Eintreiben beurkundet wird, wie solches durch dergleichen Nachlaßscheine geschieht, da kann die vom Gesez auf die Genauigkeit und Strenge gebaute Vermuthung der Zahlung nicht angewandt werden. Eine Vermuthung älterer Erlassung aber hat unser Gesez an jüngere Erlassungen nicht geknüpft, ohnerachtet es Vermuthungs-Beweise für Schulderlassungen aufstellt, und folglich Anlaß gehabt hätte, auch diese Vermuthung aufzustellen, wenn sie in seiner Absicht gelegen wäre.

Uebrigens, wo um irgend eines Mangels einer der obgenannten Eigenschaften willen die jüngern Zahlungen keine gesezliche Vermuthung für ältere Zahlung wirken, mithin die Beweislast nicht auf den Gegentheil überwälzen, da sind sie darum nicht unfähig als richterliche Vermuthungen, je nach dem Grade der Wahrscheinlichkeiten, den ihnen die Umstände verschaffen, zu gelten, Leyser l. c. Med. 16. Denn diese richterliche Vermuthungen sind ganz der Einsicht und Klugheit der Obrigkeit überlassen, mithin darf alles dazu benuzt werden, was in ersterer Hinsicht als vernünftig schlußgebend erscheint, und in lezterer Hinsicht von der Art ist, daß man nicht Gefahr läuft, durch eine Zulassung eines solchen Schlusses der Vervortheilung

Digitized by Google

der Staatsbürger und Vernachlässigung der Gesetze Thür und Thor aufzuthun.

116.

Zinsfortlauf unvollständig dargelegter Summen.

Die Darlegung und Hinterlegung an Zahlungsstatt befreyt nur vom Zinslauf, wenn sie gültig ist, Sz. 1257. Zur Gültigkeit wird unter Andern auch erfordert, daß die ganze verfallene Summe dargelegt werde, Sz. 1258., welches seinen guten Grund darinn hat, weil kein Gläubiger gezwungen werden kann, Stückzahlungen anzunehmen, Saz 1244., mithin muß man noch jezt mit Berger Oec. Jur. L. 3. T. 15. Th. 5. Nro. 4. behaupten, daß in einem Fall, wo nur ein Theil der Schuld hinterlegt worden ist, die Zinsen vom Ganzen, mithin auch von dem hinterlegten Betrag fortlaufen. Aber eben weil jene Vorschrift der vollständigen Darlegung aus der Verbindlichkeit zur völligen Zahlung ausgeht, unser Landrecht hingegen in dem Fall, wo nur ein Theil der Forderung klar der andere unrichtig ist, eine Befugniß nicht nur, sondern auch eine Schuldigkeit des Gläubigers Stückzahlung anzunehmen, einführt, Sz. 1244 a., so folgt hieraus, daß in diesem Fall auch die Darlegung einer bloßen Stückzahlung für eine vollständige Darlegung dessen was verfallen ist, anzusehen, und mit befreyender Wirkung zuzulassen sey.

Digitized by Google

117.

Verschulden in Bezug auf Nothdurfts-Rechte.

Im alten Recht wurde gestritten, ob schon ein leichtsinniges oder nur erst ein muthwilliges Schuldenmachen von dem hauptsächlich durch Gerichtsgebrauch ausgebildeten Rechtsvortheil der Nothdurft ausschließe, Struben IV. S. 33. Darinn war man einig, daß das Verhalten des Schuldners auf Bewilligung des Nothdurftsrechts Einfluß habe. Die im Code Napoleon unberührt gebliebene Gesezgebung über die NothdurftsRechte ist im Landrecht nachgeholt, Erl. V. §. 107. Aber nichts ist dabey über jene Frage ausgesprochen. Der durch Sz. 6 b. begründete gesezmäßige Schluß ist demnach, daß die Zuständigkeit des NothdurftsRecht nicht mehr von diesem Verhalten abhange. Dazu hatte man auch guten Grund. Vorhin war dieses Recht so weit ausgedehnt, daß es oft nur eine persönliche oder Standesgunst war, und da war es billig, den davon auszuschließen, der durch sein Verhalten die Nothwendigkeit herbeyrief auf seine Güter zuzugreifen. Jezt aber fließt es nur noch aus der Betheiligung dritter Personen bey der Ernährung des Schuldners; diese Betheiligung ist etwas von seinem Betragen ganz unabhängiges; mag daher dieses ihn als noch so unwürdig darstellen, so lang es nicht alle jene Betheiligung Dritter für immer beseitigt, um welcher willen es gegeben ist, z. B. wenn jemand des Diensts oder Lehens verlustig erklärt wird, so muß dem Schuldner auch die Nothdurft werden. Verdiente sein Betragen Ahndung,

Digitized by Google

so ist diese in etwas Anderem als in Entziehung des nothdürftigen Unterhalts zu suchen. Aber in die richterliche Bestimmung des Betrags der Nothdurft mag allerdings das vorherige Verhalten Einfluß haben. Wer zuvor viel verthat, der kann sich nicht beschweren, wenn er um solches wieder gut zu machen, desto enger beschränkt wird.

118.

Neuer Schuldschein als Rechtswandlung.

Ich sagte zum Sz. 879. der Erbe der einen neuen Schuldschein dem Gläubiger auf sich ausstellt, habe mit demselben eine Rechtswandlung eingegangen, Erl. III. S. 299. Unterstellt ward dabey, wie der Zusammenhang genugsam anzeigt, daß der neue Schuldschein auf den Erben lautet, und der alte dagegen zurückgegeben worden sey. Inzwischen auch so verstanden, wollte dessen Richtigkeit bezweifelt werden, weil darinn durchaus keine ausdrückliche Erklärung liege, den Erben zu seinem ausschließlichen Schuldner zu haben, für dessen Nothwendigkeit doch ein älteres Rechtsgutachten zum Gewährsmann angeführt wurde nemlich bey Mevius II. Dec. 383. VI. Dec. 3. und VII. Dec. 133., auch in den Frankfurter Wechsel-Responsis St. 47. welche sogar einen neuen Wechsel dafür nicht ansahen, und so möchte es dann scheinen, daß auch jezt noch keine Rechtswandlung in jenem Hergang liege, weil der Code Napoleon dazu die ausdrückliche Erklärung erfordert, daß man den Schuldner frey lasse, Saz 1275. Allein schon anderwärts habe ich bemerkt, daß das Wort

ausdrücklich weder eine bestimmte Wortförmlichkeit fordere, Erl. III. S. 196., noch deutlich bezeichnende Handlungen ausschließe, wie dann eben dieses auch im römischen Recht angenommen war. Nun aber ist nach Sz. 1282. die freywillige Zurückgabe einer PrivatSchuldUrkunde kraft Gesezes ein Beweis der Erlassung der Schuld, so wie die damit verbundene Ausstellung einer neuen Schuldurkunde die von der vorigen in der Person des Schuldners abweicht, den Beweis macht, daß man einen neuen Schuldner annehme, Wernher V. Obs. 85., Mevius V. Dec. 404., wenn sie nicht bestimmte Angaben einer bloßen Erneuerung ausdruckt, Mevius V. Dec. 405. beede Umstände miteinander in Doppelrücksicht kommend, noch dazu ohne alle Rechtsverwahrung, sprechen also so bestimmt als möglich den Saz aus: der Gläubiger läßt den alten Schuldner frey, um einen neuen anzunehmen, Huber ad ff. L. 46. T. 2. §. 2., Leyser DXXVI. Med. 9. und DXXVII. Med. 4.; es wäre unter solchen Umständen eine unverzeihliche Formgebundenheit, wovon das Napoleonische Recht nichts kennt, wenn man dieses nicht für eine Rechtswandlung nehmen, und gegen den Saz 879. einem solchen Gläubiger noch erlauben wollte, GüterAbsonderung an den Erben zu begehren.

119.

Wiederklagen der Rechtsnehmer.

Dem Rechtsnehmer war ehemals nicht nur allgemein auferlegt, die Einreden gegen sich zu leiden, welche gegen den

den Rechtsgeber statt finden, Mevius VII. 181., sondern es wollte dieses sogar auf Wiederklagen ausgedehnt werden, deren Gegenstand mit der übertragenen Schuld verwandt ist, Leyser CCI. Med. 7. So richtig ersteres noch jezt ist, vergl. Sz. 1275a. und 2036, so wenig verdient lezteres ferner den Gerichtsbeyfall. Denn die angezogenen und alle weiteren von dem Gegenstand handelnden Säze sprechen nur von Einreden, d. h. von solchen Gegenverbindlichkeiten, die zu Niederschlagung der übertragenen Forderung angebracht werden; hingegen die Wiederklage bezieht sich auf Gegenverbindlichkeiten, welche angebracht werden, um den Rechtsnehmer noch über seine Forderung hinaus zahlen zu machen, wozu in der Natur der Sache gar kein Grund liegt: denn der Rechtsnehmer kann dadurch, daß er ein Recht mit seinen gegenüberstehenden Pflichten oder Einreden auf sich nimmt, keineswegs schuldig werden, alle andere Pflichten, die aus jenem Recht nicht ausgehen, nur wegen einer Verwandschaft mit jenem auch zu übernehmen; das Beyspiel bey Leyser ist zwar wohl richtig entschieden, aber nicht aus dem angegebenen Grund, sondern deswegen weil dort die in der Wiederklage begriffene Schuld eine eigene ihm persönlich zustehende Verbindlichkeit des Rechtsnehmers war, nicht bloß eine Verbindlichkeit des Rechtsgebers, und jene freylich allemahl, dem der klagt, entgegen gehalten werden kann, vergl. Sz. 1208. Aber man seze z. B.: A. habe von B. einen Schein, daß dieser ihm wegen Auslagen bey Verrichtung eines Auftrags 100 fl. schuldig geworden, diesen übertrage er an C. der ihn nun einklagt, wenn nun B. unterdessen an A. wegen übel vollendetem Auftrag 500 fl. schuldig geworden

wäre, wer würde es recht finden können, wenn C. gegen den B. die 100 fl. einklagt, daß dieser außer der erlaubten Wettschlagung jener Gegenschuld, auch den Rest mit 400 fl. noch gegen den C. wegen Verwandschaft mit der übertragenen Forderung einklage.

120.

ZinsEmpfang von angewiesenen Schulden.

Auch eine durch lange Jahre geschehene ZinsEinnahme von angewiesenen Schulden ab Seiten des angewiesenen Gläubigers, soll den Anweiser nicht frey machen, noch jenen verbinden, sich an den angewiesenen Schuldner allein zu halten, so lehrt Hommel Promt. Jur. V. Assignatio Nro. 3. und geht dabey von dem Saz aus, daß eine Rechtswandlung nicht anzunehmen sey, wenn der Gläubiger nicht ausdrücklich erklärt, daß er den überweisenden Schuldner frey lasse. Diesen allgemeinen Saz hat das Napoleonische Recht auch aufgenommen. Man hüte sich aber jene Folge auf Anweisungen daraus zu ziehen. Unser Landrecht gibt wegen lezterer die Regel, daß derjenige, der dem Zähler Frist gibt oder eine Handlung vornimmt, womit er die angewiesene Forderung sich eigen macht, sein Recht auf den ersten Schuldner aufgebe, Sz. 2010 h. Der obgedachte Fall kann nun unter folgenden verschiedenen Gestalten vorkommen: a.) Wo die Schuld unverzinslich war, und der angewiesene Gläubiger sich Zinsen bedingt vom angewiesenen Schuldner: hier trifft er offenbar darüber eine Verfügung, die aus dem Eigenthumsrecht fließt, denn nur dem

Digitized by Google

Eigenthümer steht zu, Bestand und Wesen einer Sache, zu ändern, Sz. 544 b.; dieses thut aber unläugbar der, wer aus einer reinen Darleihe oder einer andern Schuld eine Zinsleihe, also ein Rechtswesen anderer Art, macht. b.) Wo eine Schuld verzinslich aber verfallen war, und der angewiesene Gläubiger nimmt nachmals stillschweigend weiter den Zins an, da hat er damit den Geldbestand für diese Zeit erneuert, oder mit andern Worten, dem angewiesenen Schuldner Frist gegeben, welches nach Saz 2010 h. die Anweisung in Ueberweisung verwandelt; wo hingegen c.) eine angewiesene Schuld verzinslich und unverfallen ist, da, und da allein ist der Ort, an welchem die Lehre zu Haus ist, daß ZinsAnnahme vom angewiesenen Schuldner keine Entlassung des Anweisers von seiner ursprünglichen Verbindlichkeit sey.

121.

Zurückgabe gezahlter Verbindlichkeits-Urkunden.

Daß derjenige, der eine Verbindlichkeit zahlt, die über die Verbindlichkeit errichtete Urkunde ausgeliefert verlangen könne, sagt der Code Napoleon nirgends, auch läßt sich im Allgemeinen nicht sagen, er seze es stillschweigend voraus. Urkunden sind nichts anders als verkörperte Darstellung oder Versinnlichung der Verbindlichkeiten, Erl. III. S. 236.: daraus folgt so viel, ohne daß es dazu eines Gesezes bedarf: der Schuldner, der zahlt, indem er macht daß die Verbindlichkeit erlöscht und aus der Reihe der Rechts

wesen austritt, kann auch verlangen, daß die Rechtsurkunde, als deren Stellvertreterin, auch aus der Reihe der Wesen weggeschafft werde, wie solche Zernichtung als gewöhnliche Folge im Sz. 1377. unterstellt wird. Wer aber statt deren die Aushändigung verlangt, der begehrt bey zweyseitigen Verträgen etwas, was dort nie begründet ist, weil nach Saz 1325. bey ihnen jeder Theil ein gleichlautendes Exemplar haben muß, also das, welches der Gläubiger hat, dessen Eigenthum ist, auf dessen Inhabung deswegen der Zähler niemals einen Anspruch hat. Zwar meynt Hartmann XXVIII. Obs. 3. er könne es wegen erloschener Rechtsursache (condictione sine causa) jedoch durchstrichen verlangen, allein seine Gründe beweisen wohl, daß er den Durchstrich, nicht aber daß er die Herausgabe verlangen könne. Bey einseitigen Verbindlichkeits-Urkunden, vergl. Sz. 1326., kann man zwar allenfalls sagen, diese Urkunde wird vom Aussteller auf sein Papier geschrieben, ist also sein Eigenthum: die Abgabe in die Hand des Schuldners geschieht nur zu dessen Sicherheit, sie ist daher pfandartiger Natur, nicht Eigenthumsübertragend, und hat gleich jedem Pfand die Befugniß hinter sich nach, gezahlter Verbindlichkeit wieder gefordert werden zu können, wie es auch Hartmann l. c. zu unterstellen scheint. Inzwischen der Mittelsaz, daß die Abgabe nur zu Pfand, nicht zum Eigenthum geschehe, ist mehr scheinbar als richtig. Denn wer auf den Beweis aus einer solchen Urkunde entsagen will, der kann — was niemand bestreitet — mit seiner vom Gegner empfangenen Schuldurkunde machen, was er will; er kann mit seinen Bankbriefen Pfeiffen anzünden, zum sichern Beweis, daß er dabey keine pfandartige Bewahrungs-Pflicht,

sondern eine eigenthumsartige Verfügungs-Gewat habe. In manchem Fall kann viel dem Gläubiger oder seinem Stellvertreter daran gelegen seyn, die Schuldurkunde nicht auszuhändigen. Denn nach Saz 1282—1284. ist die Aushändigung der Schuldurkunde ein Beweis — nicht der Zahlung — sondern der Erlassung einer Verbindlichkeit: so oft nun der Gläubiger desfalls in Verbindlichkeiten gegen Andere steht, z. B. ein Verwalter, der die Zahlung einnimmt, ein Gesellschafter, ein Sammtschuldner u. s. w., so ist ihm viel daran gelegen, nicht durch die Aushändigung einen Schein der Erlassung gegen sich zu erregen, sondern durch dessen allenfalls mit Zahlungs-Zeichen als Durchstrich u. s. w. versehene Beybehaltung sich über das vorige Daseyn der von ihm gezahlten Verbindlichkeit ausweisen zu können. Die Regel nach unserem Recht muß also seyn: nur der kann die Urkunden-Aushändigung verlangen a.) wer auf eine Urkunde zahlt deren Inhalt im Munde führt, daß gegen deren Aushändigung gezahlt werden solle, oder b.) wer mit Rechts-Eintritt zahlt, vergl. Sz. 1249., folglich so wie in das Recht also auch in dessen Stellvertreterin, die Urkunde, eintritt.

122.

Nachlässe zum Behuf der Zahlung des Rests.

Häufig geschieht es, daß ein Gläubiger seinem Schuldner um die Zahlung eines Theils sicher und ohne Rechtsstreit zu erhalten, einen andern Theil nachläßt, aber nicht immer wird die Vorsicht beobachtet, daß die Zahlung des Rests als

Digitized by Google

Nachlaßbedingung ausgedruckt wird: häufig heißt es nur G. erläßt an ſeiner Forderung dem S. ſo und ſo viel, dieſer dagegen verſpricht den Reſt in der und der Zeit zu zahlen, ſchon vorhin nahm man indeſſen an, daß beede Zuſagen in Doppelrückſicht (correspectivitas) zu einander ſtehen, und daher der Nachlaß immer ſtillſchweigend auf Erfüllung des Zahlungsverſprechens bedingt ſey, Mevius IX. Dec. 80. Damals konnte jedoch dieſer Meynung viel entgegen gehalten werden, weil es Regel war, daß NichtErfüllung des Worts der einen Vertragsperſon, der Andern kein Recht gebe, auch wortbrüchig zu werden. Jezt wo die Regel iſt, daß in allen doppelſeitigen Verträgen es für den Fall, da Einer von beeden Theilen ſeinem Verſprechen kein Genüge leiſtet, allemahl ſtillſchweigende Bedingung ſeyn ſoll, daß der Vertrag aufgelöſet ſey, Sz. 1184., leidet jene Anſicht keinen Anſtand mehr: denn zur Doppelſeitigkeit eines Vertrags gehört weiter nichts, als daß beede Vertragsperſonen in einer und derſelben Uebereinkunft Zuſagen thun, Sz. 1102., welches in dem unterſtellten Vertragsfall allemahl geſchieht.

123.

Wettſchlagung des Undanks.

Da es nach der Bemerkung im Stück 3. Klagen der Erben auf Verluſt der Ehevortheile gibt, auch da wo keine Scheidung erfolgte, ſo entſteht nun die Frage: wie weit der ſchuldige Theil dieſe durch die Einrede von dem Verſtorbenen begangener eherechtswidriger Verbrechen ablehnen könne? Eine

Frage deren Beantwortung vorzüglich nach Badischem Landrecht erheblichen Zweifeln ausgesezt scheint. Denn obwohl nach altem Recht die Einrede der Wettschlagung im Ehescheidungsprozeß statt fand, so ließ man doch solche dahin nicht gelten, daß derjenige der im Fall war, die Ehevortheile verwirkt zu haben, sie benutzen könne, um die Ehevortheile anzusprechen, oder zu behalten, Puffendorf Tom. III. Obs. 123., und da nun der Code Napoleon jener Einrede nicht einmahl zum Behuf der Abweisung der Ehescheidung gedenkt, Sz. 272., und überall nur Geldschulden oder Schulden vertretbarer Sachen unter den Begriff der Wettschlagung einzieht, Sz. 1291., so ist nach diesem Gesezbuch nicht zu zweifeln, daß sie in dem vorgetragenen Fall nicht anschlagen könnte. Aber unter den Eigenthümlichkeiten des Badischen Rechts ist auch diese, daß es die Wettschlagung der Verschuldung gegen Verschuldung aufgenommen hat, Sz. 1148a., Erl. III. S. 84., und daß es zwar nicht in Bezug auf Ehescheidungen selbst, Erl. I. S. 211., aber doch durch die im Landrecht Sz. 311 a. geschehene Beybehaltung der Ehegerichtsordnung in allem, was darinn nicht gegen die landrechtliche Verfügungen anstößt, in Bezug auf die GenugthuungsForderung des beleidigten Gatten, die Wettschlagung zugelassen hat. Hieraus möchte man folgern daß da, wo der Verfall der Ehevortheile von den Erben gerügt werden kann, auch diese Einrede wider sie angenommen werden müsse. Allein a.) der Verlust der Ehevortheile ist ein entgehender Gewinn, und die in der Eheordnung erwähnte Genugthuung ist Ersaz eines zugefügten Schadens. Schon darum ist zwischen beeden Fällen jene Gleichheit der Umstände nicht, welche nöthig wäre, um von einem Fall

auf den andern sicher zu schließen. b.) Diese Genugthuung wird nur wegen der durch die Ehetrennung erfolgten Aufhebung der gemeinschaftlichen Zusammenwirkung gegeben, und kann deswegen von Erben und bey nicht getrennter Ehe niemals gefordert werden, wie es bey dem Verlust der Ehevortheile wohl geschehen kann: aus beeden Ursachen läßt sich auf diesen Fall die dort zugelassene Wettschlagung des Verschuldens nicht ausdehnen. Ueberhaupt aber gilt diese Art der Wettschlagung nur, wenn zu dem Versehen des Schuldners eines des Gläubigers hinzukommt, Sz. 1148 a., wenn also beede Verschuldungen in Bezug auf ein und dieselbe Beschädigung eingetreten sind. Gegenseitige eherechtswidrige Vergehen sind aber gegenseitige Beschädigungen, nicht Versehen in Bezug auf ein und dieselbe beschädigende Handlung. Und so wenig demnach überhaupt ein früherer Undank einen spätern rechtfertigt, so wenig kann dieß, daß der erst Beleidigte so großmüthig oder so nachläßig war, sich seines Rechts nicht zu bedienen, dem später Beleidigten das Recht nehmen, das seinigen zu gebrauchen, und ihn nöthigen, dem Undankbaren Wohlthaten in der Hand zu lassen, deren Zurücknahme das Gesez ohne Einschränkung gestattet.

124.

Wettschlagung unrichtiger Schulden.

Der alte Rechtssaz, daß keine noch *unrichtige* Schuld gegen eine *klare* wettgeschlagen werden könne, ist in dem Code Napoleon dadurch aufgenommen, daß dieser eine ge-

Digitized by Google

wisse Weise der Wettschlagung vorschreibt, unter welcher allein sie statt finden soll, Sz. 1289., und zu dieser Weise unter anderm auch rechnet, daß beede gegeneinander überstehende Schulden gleich richtig oder klar seyen. Als nun gegen eine klare verzinsliche Schuld des A. an den B., wovon drey Jahr Zins rückstunden, eine unverzinsliche Gegenschuld wettgeschlagen werden wollte, die vor fünf Jahren der B. bey einem Erblasser des A. aufgenommen und dieser vor drey Jahren ererbt hatte, über welche Schuld jedoch nur der Anfang eines Schriftbeweises vorhanden war, der durch Zeugen ergänzt werden sollte, und der ausgeklagte Schuldner A. besorgte, der Richter möchte die Gegenschuld des B. als noch unrichtig zu besonderem RechtsAustrag weisen, wodurch er dann von seiner Schuld die Zinsen voll zahlen, von der Gegenschuld aber seiner Zeit keine Zinsen bekommen, mithin die bey Zulassung der Wettschlagung des Hauptstocks wegfallende Zinsen seiner Schuld auf sich behalten würde, so fragte er um Rath a.) ob eine Schuld, deren Betrag nicht im Streit liege, sondern deren Daseyn nur bestritten werde, unter die unrichtigen gehöre, oder ob allein jene dahin zu ziehen seyen, wo der Betrag der Schuld, sey es nun allein, oder zugleich mit dem Daseyn, im Streit liege, weil lezterenfalls er damit in seiner Lage die Rückweisung der WettschlagungsEinrede würde haben ablehnen können? b.) ob er, wenn er gleichbald zahlen müsse, hintennach nicht wenn seine Gegenschuld klar gemacht sey, unerachtet sie unverzinslich gewesen, wegen der rückwirkenden Kraft der Wettschlagung, den Zins der Hauptschuld, den er jezt bey Verwerfung der Einrede zahlen müsse, als etwas das von der Zeit des Gegenüberstehens dieser Schuld, nemlich von sei-

Digitized by Google

nem Erbantritt an, er nicht mehr schuldig gewesen, anse-hen, mithin als eine zur Ungebühr geschehene Zahlung um-stoßen könne?

Zu a.) ist zwar nicht zu läugnen, daß (wie vom Be-klagten für sich angeführt wurde) eine Forderung beweisen, (probiren) oder sie richtigstellen (liquidiren) in Rechten zweyerley sind, und daß der Begriff des Richtigstellens im gemeinen Redegebrauch gewöhnlich von solchen Fällen ge-braucht werde, wo der Betrag einer Schuld ins Klare zu bringen ist: inzwischen eingeschränkt ist er darauf nicht, son-dern wird, zumahl im Sprachgebrauch des Rechts, ebensowohl auf dem Rechtsaustrag solcher Forderungen bezogen, wo nicht der Betrag sondern das Daseyn der Schuld den Streit-gegenstand ausmacht, wie sich jeder nur schon durch die Rückerinnerung an das RichtigstellungsVerfahren in Ganten überzeugen kann. Insbesondere war dieses bey jener Re-gel der Fall, welche sagte: Liquidi cum illiquido non est compensatio, Barbosa Th. pr. V. Liquidum Ax. 2. Der Grund dieser Regel war, damit die richtige Forderung nicht unbillig aufgehalten werde, welches so gut durch den Streit über die Schuldigkeit, als durch jenen über den Be-trag geschieht. Da nun jene Regel im wörtlich übersezten Gleichlaut in unser Gesezbuch aufgenommen ist, so muß das Wort auch in dem alten Umfang genommen werden, für den eine Beschränkung nicht angegeben ist. Die damit übereinstimmende Absicht des Gesezes ergibt sich aus dem Saz 1292., wo dazu, daß eine Wettschlagung von Getreide statt finde, gefordert wird, nicht nur daß es einen Marktpreis habe, also der Betrag ausgemacht sey, sondern auch daß die Lieferung unbestritten, mithin auch das Daseyn der

Schuld außer Streit sey; hierdurch ward beedes unter dem Begriff der Klarheit oder Richtigkeit einer Schuld eingezogen. Konnte also dieser Gesichtspunkt die Wettschlagungs-Einrede für den Beklagten nicht retten, so kam es noch allein

zu b.) auf die zweite desto wichtigere Frage an, für welche Beklagter anführte, wenn seine Forderung klar gewesen wäre, so würde unstreitig die Wettschlagung als vor drey Jahren eingetreten, wegen Sz. 1290., haben erklärt werden müssen: unbillig sey es, ihn dieses Vortheils bloß darum zu berauben, weil er erst mit größerem Zeit und KostenAufwand in einem besonderen Verfahren die Richtigkeit des Daseyns seiner Gegenschuld herstellen müsse, auch würde selbst damit dem Gesez kein Genüge geschehen, welches die Rückwirkung kraft Gesezes eintreten lasse, so daß sie also in ihrer Wirkung von irgend einem äußeren Thatumstand nicht abhängen könne, am allerwenigsten von einem solchen, der nicht namentlich dazu im Gesez aufgeführt stehe, wie denn auch der Erbe auf die vorhin üblich gewesene gleiche Rechtsauslegung sich berief, Puffendorf I. Obs. 178. Dennoch konnte ihm hierinn nicht Beyfall gegeben werden. Die gemeine Rechtsauslegung war vorhin nicht außer Streit, z. B. Huber ad Pand. L. 16. Tit. 2. §. 4. behauptete, daß eine unrichtige Schuld erst vom Zeitpunkt ihrer Richtigstellung an, die wettschlagende Wirkung äußere. Mit der Billigkeit einer Meynung vor der andern war es auch keine ausgemachte Sache; denn nur bey Gegenschulden, die unverzinslich oder minder verzinslich sind als die Hauptschuld, hat die Wettschlagung eine Wichtigkeit; wo beede es gleich sind, da erlangt der Gegenschuldner durch die Gegenklage eben so viel als durch eine Wettschlagung

und ist also durch deren Verwerfung in keinem Verlust, Sz. 1299. Bey einer solchen Unverzinslichkeit aber ist die Billigkeit nicht groß, daß der, wer erst durch Mahnung zu einer Zinsforderung gelangen kann, hier dieser überhoben seyn soll, weil er dem Andern von einer gar nicht verwandten Schuld Zins zahlen muß, oder — umgekehrt die Sache zu besehen — daß der dem ein gerechter ZinsTitel zusteht, seine Zinsen nicht soll ziehen dürfen, weil der andere, der zufällig auch sein Schuldner ist, keinen ZinsTitel bey seiner Gegenforderung hat. Alles kommt demnach auf die Folgerungen aus den Worten des Landrechts an. Dieses sagt 1.) deutlich, daß nicht überall wo Forderungen gegeneinander überstehen, sondern nur in denen von ihm benannten Fällen, und auf die angegebene Weise, die Wettschlagung eintritt, Sz. 1289.; es scheint zwar Saz 1290. eben so klar zu sagen, daß sie unbedingt rückwirke, allein die Vergleichung mit Saz 1299. sezt es außer Streit, wie sie nur unter dem Beding, daß man sich auf sie im Rechtsstreit berufe, die Erlöschung der Forderung wirke, Erl. III. S. 211. Diese voraus erforderliche Berufung auf die Wettschlagung darf aber da nicht geschehen, wo nicht beede Schulden gleich richtig sind, Saz 1291., und muß also, wenn sie doch geschieht, für ungeschehen gelten; die Forderung wird bis dahin und in dem Zustand der Unrichtigkeit als nicht gegenüberstehend angesehen. Wenn sie aber nachmals richtig gestellt, mithin die Bedingung des Wettwerdens erfüllt ist, so kann sie nicht mehr gegenüber zu stehen kommen, weil sobald die Hauptschuld durch Zahlung erloschen ist, sie als ein nicht vorhandenes Rechtswesen anzusehen ist. Eine Zahlung zur Unge-

Digitized by Google

bühr konnte ohnehin jene Zinszahlung nie genannt werden, welche aus einem richtigen ZinsTitel floß, zur rechtmäßigen Zahlungszeit noch durch kein vor Gericht anführbares Erlöschungsmittel ertödtet war, in Gefolg eines gesezmäßigen Richterspruchs bezahlt ward, und daher nie eine vermeynte aber nicht vorhandene Forderung genannt werden mag, wie der Saz 1376. für die Ungebühr verlangt.

In einer seit Ertheilung jenes Rechtsbedenkens erschienenen Schrift, wird zwar eine gegenseitige Ansicht der obgedachten zweyten Frage aufgestellt: „als ob nemlich „im Code Napoleon, so wie im römischen Recht, ein Unterschied sey, zwischen der Wettschlagung als Thatsache und der Wettsagung als Einrede, so daß da, „wo leztere nicht statt findet, wie das eben bey unrichtigen „Forderungen der Fall ist, dennoch die Thatsache bestehen „bleibe, und ihre Wirkung äußere, mithin wenn die richtige Forderung voraus bezahlt werde, und bezahlt werden müsse, nachmals bey Richtigstellung der unrichtigen die Wettschlagung immer berücksichtigt werden müsse, „um von da an den Zinslauf der nun richtiggestellten „Schuld für geendigt zu erklären," Dabelow II. §. 1099. Allein die Gründe dieses Verfassers ändern an obigem Rechtsbedenken nichts. Ob jene doppelte Ansicht der Wettschlagung nach römischem Recht die richtige sey, (wogegegen viel zu erinnern wäre) mag hier dahingestellt bleiben, nach Napoleonischem ist sie es gewiß nicht. Dieses sagt nicht nur kein Wort davon, sondern Hr. Dabelow bemerkt selbst, „wenn man den Sz. 1291. wörtlich nehme, so finde kein Unterschied statt, man müsse aber mehr auf die Absicht des Gesezgebers sehen." Diese will er nun daraus finden: „weil

„es ungereimt seyn würde, anzunehmen, daß die gegen„seitigen Forderungen sich kraft Gesezes einander aufheben, „so wie sie entstehen, und wieder zu behaupten, daß nur „eine Wettschlagung zwischen völlig klaren und fälligen Forde„rungen statt finde, welches ein offenbarer Widerspruch sey." Allein dieser leztere liegt keineswegs in der Sache, sondern nur im Sehpunkt des Verfassers. Wenn freylich das Gesez gesagt hätte: wechselseitige Forderungen stünden gegeneinander über, so wie sie entstehen, wie es der V. ausdruckt, und dann zugleich sagen würde, sie sollen als gegeneinander überstehend nur von da an geachtet werden, wo sie richtig und fällig sind, würde solches widersprechend seyn. Ersteres sagt aber das Gesez nirgends: es erklärt Schuld und Gegenschuld für wett in dem Augenblick wo sie gegeneinander überstehen, oder buchstäblich nach dem Grundtext, wo sie zugleich bestehend erfunden werden (ou elles se trouvent exister à-la-fois). Hier muß man nun vor allen Dingen ins Andenken rufen, daß die Verbindlichkeit, die gezahlt werden soll, z. B. ein Kaufpreis, ein Anlehen ganz verschieden sey, von der Verbindlichkeit zu zahlen, die aus allen Arten von Verbindlichkeiten hervorgeht; jene verhält sich zu dieser wie Ursache zur Wirkung; was aber wettgeschlagen werden kann und soll, ist nicht die HauptVerbindlichkeit die gezahlt werden soll, (oder wer möchte wohl sagen, daß eine KaufsVerbindlichkeit durch eine gegenüberstehende AnlehensVerbindlichkeit wett werde, da hierzu doch durchaus gleichartige Gegenstände in der Regel gehören, Sz. 1291.,) sondern was wett wird, ist die beederseits gleichartige Nachverbindlichkeit zu zahlen. Durch die Wettschlagung der lezteren kommt die

Zahlung zu Stand, und erst durch Folge dieser für geschehen angenommenen Zahlung erlöscht die zu zahlen gewesene Hauptverbindlichkeit. Was daher zum Wettwerden gegeneinander überstehen muß, ist die Verbindlichkeit zu zahlen, und zwar nicht ihr Entstehen sondern ihr Bestehen, d. h. ihr vollendetes Daseyn. Wenn also z. B. A. mit B. den 12ten Jenner 1810. einen Kauf schloß, wodurch er versprach, auf den 12ten July 1810. den Kaufschilling mit 100 fl. sammt Zinsen von sechs Monaten zu zahlen, und B. dem A. durch einen Anlehensvertrag vom 12ten Merz schuldig ward, auf den 12ten October ein unverzinsliches Darlehen von 100 fl. heimzuzahlen, so entsteht zwar die AnlehensVerbindlichkeit mit dem 12ten Merz, und mit diesem Entstehen tritt sie der schon mit dem 12ten Jenner entstandenen Kaufverbindlichkeit gegenüber. Auch eine einstmalige Zahlungsverbindlichkeit ist dadurch vorläufig entstanden, aber noch keine von beeden Zahlungspflichten besteht, noch weniger also stehen sie schon gegeneinander über. Die Zahlungsverbindlichkeit aus dem Kauf tritt erst mit dem 12ten July ein, von da an erst besteht sie; aber die Zahlungsverbindlichkeit aus dem Anlehen besteht auch da noch nicht, sondern erst mit dem 12ten Octbr. tritt sie ein, und dieses ist also erst der Augenblick, wo beede gegeneinander über stehen, und wo nach Sz. 1290. eine Wettschlagung kraft Gesezes zu Stand kommt, vorausgesezt, daß bis dahin die früher, nemlich den 12ten July eingetretene Zahlungsverbindlichkeit noch nicht durch Zahlung erloschen ist; denn wäre dieses, so geschieht gar kein Gegeneinanderüberstehen, mithin kein Wettschlagen. Was hier

von unverfallenen Zahlungsverbindlichkeiten gesagt ward, trifft auch die unrichtigen. Mag nun die Verbindlichkeit, welche gezahlt werden soll, wegen der Schuldigkeit oder wegen des Betrags bestritten seyn, in jedem Fall, so weit der Streit sie erfaßt, besteht noch keine Zahlungsverbindlichkeit, oder wird wenigstens nicht bestehend erfunden, wie der Grundtext es ausdruckt, weil nach der unveränderlichen Naturrechtslehre, Nichtseyn und Nichtbefundenwerden (non esse et non apparere) im Recht einerley ist, sie kann also auch indessen nicht einer Andern richtigen Schuld gegenüberstehen, sondern dieses geschieht erst in dem Augenblick, wo sie richtig gestellt (liquidirt) ist, und nur alsdann, wenn jene bis dahin fortgedauert hat, und nicht früher durch Zahlung aus dem Reich des Daseyns verschwunden ist, denn wo dieses wäre, da könnte gar keine Wettschlagungswirkung mehr eintreten, folglich auch nicht, (wie obiger Verfasser will) hintennach berücksichtigt werden, um einen Zins, der unterdessen von der Gegenschuld fortgelaufen und bezahlt worden war, nun wieder als eine durch Rückwirkung der Wettschlagung entstandene Ungebühr jener Zahlung (indebitum) zurückzufordern. Denn — und das ist eine weitere Bemerkung die bey dieser Gelegenheit gegen Dabelow II. §. 1100. zu machen ist — der Saz 1299. sagt nicht, daß eine unterbliebene Wettschlagung, welche hätte geschehen können, ein Recht gebe, das Gezahlte als eine Ungebühr zurückzufordern, sondern er spricht das gerade Gegentheil aus, daß nemlich sie dem Zahlenden das Recht lasse, an dem Andern die nicht wettgeschlagene Forderung nachzufordern, mithin sie als fortbestehend,

folglich

folglich das auf die andere Schuld Gezahlte als zur Gebühr gezahlt, zu behandeln, Erl. III. S. 211. Hiermit fällt der ganze Unterschied zwischen Wettschlagung als Thatsache und als Einrede wegen mangelnder gesezlicher Begründung dahin, der ohnehin auch in den Geist der Gesezgebung nicht paßt; denn was nicht einmahl als Einrede wirkt, die doch noch aus den natürlichen Verbindlichkeiten entspringt, (Sz. 69. und 1235.,) das kann im bürgerlichen Recht nirgends eine Wirksamkeit haben, sondern ist ein bürgerrechtliches Unding.

125.

Wettschlagung gegen angewiesene Gläubiger.

Ein Gläubiger A. hat an Zahlungsstatt von seinem Schuldner B. sich dessen Forderung an C. anweisen lassen, darauf überträgt A. dieses Forderungsrecht das er an den C. hat, seinem eigenen Gläubiger dem D. Als dieser an den C. die Schuld fordert, will lezterer auf eine Forderung, die er an den D. hat, wettschlagen; der D., dem dieses nicht anständig ist, gibt seine Forderung, die ihm an C. angewiesen ist, auf, und greift auf den A. als seinen ursprünglichen Schuldner zurück. Ist dieser nun schuldig den D. zu bezahlen, und kann A., wenn er zahlt, noch an den C. als seinen ursprünglich angewiesenen Schuldner sich halten, ohne daß dieser ihm die durch Zahlung des D. geschehene Begünstigung des von diesem genommenen Abstands von jener Rechtsverfolgung und der da-

Digitized by Google

durch entgangenen WettschlagungsGelegenheit, entgegen halten? Diese Frage wird alsdann wichtig, wenn D. inzwischen zahlungsunfähig wird. Denn kommt die Wettschlagung zu Stand, so wird C. seiner Schuld an A. loß, und erhält damit seine Forderung an D. bezahlt; kommt sie nicht zu Stand, so bleibt C. Schuldner des A., und kann mit seiner Forderung an D., die ihm in jenem Fall zum Zahlungsmittel gedient hätte, in der Gant des D. durchfallen. Barth hodeg. forens. II. 3. Lit. h. läßt diesen Abstand zu, ausgehend aus dem Gesichtspunkt daß Anweisung keine Zahlung oder doch nur eine solche sey, welche auf den Fall bedingt ist, wenn der Gläubiger das Geld vom angewiesenen Schuldner zur Hand werde bekommen haben. Im neuen Recht würde er nicht zuzulassen seyn. Die Anweisung an Zahlungsstatt ist jezt bedingte Zahlung, und zwar ist sie nicht bedingt auf den wirklichen GeldEmpfang, sondern nur darauf, „daß der „Anweisungszähler zahlen könne und wolle, wenn man „ohne Aufenthalt ihn angeht," Sz. 2010 g., sie kann dabey, wenn sie vom Anweisungszähler angenommen ist, nicht widerrufen werden, Sz. 2010 i. Nun ist unläugbar einmahl, daß derjenige, wer sich zur Wettschlagung erklärt, die auf ihn gegebene Anweisung annimmt, zum andern, daß Wettschlagung der Zahlung gleichgeltend, oder eine von kurzer Hand geschehene Zahlung ist. Hieraus folgt daß derjenige, der eine richtige und zahlbare, mithin wettschlagungsfähige Schuld hat, Sz. 1291., zahlen kann, ferner daß derselbe, wenn er sich zur Wettschlagung erklärt, zahlen will, und daß folglich sich die Anweisung hier nicht durch fehlgeschlagene Bedingung auf-

Digitized by Google

löse, noch willkührlich widerruflich sey. Denn so wie eine Wettschlagung nicht zum Abbruch der Rechte dritter Personen gereichen darf, daher nicht statt findet, wo einer von beeden Theilen auf die Eine der gegenüberstehenden Forderungen frühere ZahlungsSicherheit erhalten hat, Sz. 1298., so muß auch umgekehrt eine WettschlagungsGelegenheit nicht zum Abbruch der Rechte dritter Personen zurückgezogen werden, welchen durch die Erklärung wettzuschlagen, schon ein Recht darauf angewachsen ist, vergl. Sz. 1262. 1299., sondern sie fällt unter die Regel, daß Dritte (hier C.) in eigenem Namen jene Handlungen anfechten können, die ihr Schuldner (hier D. mit dem A. durch Wiederaufhebung der Anweisung) zum Abbruch seiner Rechte unternahm, Sz. 1167. Dem wird vergebens entgegengehalten, beede Forderungen seyen nicht gegeneinander übergestanden, da die des C. an D. diesen in eigenem Namen, jene des D. an C. aber ihm nur als Rechtsnehmer des A., also in anderm Namen zugehörte; denn ob er wohl nur bedingter Eigenthümer der Forderung war, so hieng die Bedingung doch von der Willkühr des C. nemlich von seiner ZahlungsBereitwilligkeit ab, war im Augenblick, wo diese erklärt wurde, erfüllt, und so zur Wettschlagungszeit der D. unbedingter Herr derselben.

126.

Wettschlagung gegen VorsichtsErben.

Die alte Rechtslehre, es könne gegen einen VorsichtsErben, der eine Erbschaftsschuld einklagt, von dem Beklagten

Digitized by Google

dasjenige wettgeschlagen werden, was derselbe dem Kläger persönlich schuldet, Carpzov I. Const. 8. Def. 8., wollte jüngst dem Napoleonischen Recht mit der kurzen Bemerkung angeeignet werden, daß die VorsichtsErbschaft nur eine bedingte Erbantretung sey, während hängender Bedingung also für noch nicht geschehen gelte, mithin Erbe und Erblasser noch nicht für eine Person angesehen werden könnten. Dieser Grund war sehr unmasgebend, wer eine Erbschaft mit Vorsicht der Erbverzeichnung antritt, der sagt nicht, er wolle erst alsdann Erbe seyn, wenn sich zeige, daß die Erbmasse für die Schulden unzulänglich sey, auch sagt er nicht, er wolle bis dahin Erbe seyn, wo sich dieses ergibt, er sezt also weder eine ergänzende noch eine auflösende Bedingung, sondern er sezt bloß seiner Rechtsausübung gewisse Schranken, innerhalb welchen allein sie sich halten soll, das heißt er umwindet seine Verbindlichkeit mit einer Beschränkung. Diesemnach ist er unbedingter Erbe, kann aber nur in Rechtsverhältnissen die außer jenen Schranken liegen, nicht als Erbe behandelt werden. Alles kommt demnach bey der Eingangs gedachten Lehre darauf an, ob jene Wettschlagungsart innerhalb jenen Schranken liege. Man behauptete dieses, weil der VorsichtsErbe immer Erbe also ein und dieselbe Person mit dem Verstorbenen sey. Dieses mag seyn oder nicht, so ist er es wenigstens nicht unbeschränkt, also beweist jener Gemeinsaz nichts, so lang nicht gezeigt wird, daß jene Einheit in Bezug auf Wettschlagung innerhalb obigen Schranken liege. Und das ist nach unserem Recht wirklich der Fall nicht. Denn nach Saz 802. Abs. 2. verhindert die Erbvorsicht, daß das Vermögen des Erben mit den ErbschaftsStücken vermischt werde,

Digitized by Google

und wirkt nach Sz. 803. daß der Erbe als Verwalter eines fremden Vermögens zu betrachten ist, auf dessen Vermögen, Verschuldungs- oder Verzugsfälle ausgenommen, nicht gegriffen werden kann, nimmermehr kann man also sagen, daß eine Schuld an den Erblasser und eine Forderung an den Erben zwey in einer Hand gegeneinanderstehende Dinge sind, was doch zu einer Wettschlagung wesentlich erfordert wird, Sz. 1290., und es kann ihm, wenn er Erbforderungen einklagt, eine eigene Schuld zur Wettschlagung so wenig entgegen gehalten werden, als jedem andern Verwalter der eine Verwaltungsschuld einklagt, da ja nicht einmahl gegen zwey Kassen des nemlichen Eigenthümers wettgeschlagen werden kann, Sz. 1293 a. Zwar möchte man den Saz 1294 b., zum Einwand gebrauchen, der einem Ehemann erlaubt, Schulden der Frau wettzuschlagen. Allein abgesehen davon, daß dieses eine Ausnahme von der Regel ist, die also nicht leicht Ausdehnung leidet, so würde nur dann eine Rechtsähnlichkeit vorhanden seyn, wenn der Dritte klagte, und der Erbe die Schuld der Erbmasse gegen ihn wettschlüge, welches ihm auch allerdings zu vergönnen wäre, weil er die Erbschuld einzuziehen berechtigt ist; aber für den entgegengesezten Fall, wo der Erbe klagt und der Dritte wettschlagen will, gibt jener Fall so wenig Rechtsähnlichkeit, als ein Schuldner gegen den Ehemann wettschlagen dürfte, was ihm die Frau schuldet. Der Dritte der belangt wird, kann daher nichts thun, als die Hinterlegung seiner Zahlung an Sicherheitsstatt alsdann zuverlangen, wenn der VorsichtsErbe ihm die im Sz. 807. vergönnte SicherstellungsForderung nicht bewilligt.

127.

Wettschlagung gegen Ganten.

Wettschlagung gegen Ganten kann nicht zum Abbruch der Rechte der Mitgläubiger des Gemeinschuldners geschehen, sagt Leyser CLXXIV. 5. und darinn hat er Recht, Sz. 1167., nur lößt er die Frage nicht, welche Wettschlagung als RechtsAbbruch anzusehen sey, außer so fern er ein Beyspiel anführt, wo ein Schuldner des Gemeinschuldners nach ausgebrochener Gant eine Forderung an jenen erworben hatte, um gegen die Gantmasse, wenn sie ihn verklagt, diese erworbene Forderung wettschlagen zu können. Dieses ohnehin seltene Beyspiel braucht keiner Berufung auf jenes Gesez über Veräußerung zum Nachtheil der Gläubiger: die darinn genannte Erwerbung der Gegenforderung von einem schon für gantmäßig erklärten Gläubiger ist in sich ungültig, ihr Zweck möchte gewesen seyn, welcher er wolle, da durch den Gantausbruch der Gemeinschuldner aller Verwaltung seines Vermögens verlustig wird, A.Sz. 209., noch vielmehr also aller Veräußerung, vergl. A.Sz. 211. Sz. 2204a. Aber Mevius VII. Dec. 127. spricht allgemeiner, es sey jede Wettschlagung ungültig, die nicht vor erfolgter VermögensAbtretung des Gemeinschuldners erklärt worden sey, weil a.) Wettschlagung durch das Gegeneinanderüberstehen der Forderungen nur bedingt auf WettschlagungsErklärung des einen Theils erworben werde, Erl. III. S. 211., und b.) zur Zeit dieser Erklärung in dem vorliegenden Fall kein Gegeneinanderüberstehen mehr zu Stand komme, da schon die Masse der Gläubiger als eine dritte

Person in das Eigenthum des Gemeinschuldners eingetreten seye. Allein zu a.) die gesezliche Bedingung der Erklärung ist, wie alle Bedingungen, Sz. 1179., rückwirkend auf den ersten Augenblick des EntstehungsGrunds der Verbindlichkeit, also hier des Gegeneinanderüberstehens, Saz 1290., und damit also steht die Wettschlagung als ein vor dem GantAusbruch geschehenes Rechtsgeschäft da, und zu b.) die GesammtGläubiger sind nach dem Code Napoleon nicht Eigenthümer, sondern nur Verwalter zu ihrem Nuzen von der Gantmasse, Sz. 1269., also bleibt Forderung an die Gantmasse und Forderung der Gantmasse immer gegeneinander über stehen. Kurz: wer im Fall der Wettschlagung ist, hat ein auf seine Willkühr bedingtes Recht, das kann ihm durch die VermögensAbtretung als Handlung eines Dritten nicht entzogen werden, Saz 1165., und durch dessen Gebrauch erlöscht die Forderung der Masse rückwärts, ehe der Gemeingläubiger ein Recht daran hatte.

128.

Wettschlagung übertragener Schulden.

Ein Schuldner soll Forderungen die ein Anderer an seinen Gläubiger hat, auch wenn dieser sie ihm überträgt, nicht wettschlagen können, wie aus L. 9. C. de compensat. von Mevius III. Dec. 58. gefolgert wird. Allein vorausgesezt, daß in der Uebertragung keine Gefährde untergelaufen, noch sonst ein Mangel dabey sey, möchte diese Folgerung schon mit dem alten Recht schwer zu rechtfertigen seyn. Das französische ist ihr schnurgerade entgegen.

Digitized by Google

Es läßt die Wettschlagung zu in dem Augenblick, wo Schuld und Forderung zwischen den gleichen Personen gegen einander über stehen, sobald nun eine Forderung an jemand zum Einzug für eigene Rechnung übertragen ist, es mag nun mit oder ohne Rechtswandlung, also durch Uebertragung oder durch Anweisung an Zahlungsstatt geschehen seyn, so stehen Schuld und Forderung zwischen den nemlichen Gläubigern und Schuldnern wechselseitig gegenüber. Daß bey einer Anweisung der Wettschlagende nur ein Gewalthaber, wiewohl in eigenem Nuzen ist, dieses schadet nichts; da ja der Bürge, der auch nur Gewalthaber, oft nur Geschäftsführer des Schuldners ist, wenn ihn der Gläubiger belangt, die Schulden des Hauptschuldners wettschlägt, Sz. 1294., und zum Behuf der Wettschlagung allerdings auch die von dem Schuldner nicht angenommene Uebertragung einer Schuld desselben auf einen andern Gläubiger gültig benuzt werden kann, auf die damals bestandene wechselseitige Schulden, Sz. 1295. Ueberdieß aber ist der angewiesene Gläubiger nicht einmahl bloßer Gewalthaber, wo die Anweisung in dem unterstellten Fall an Zahlungsstatt geschah, sondern er ist bedingter Eigenthümer, Saz 2010 g., weswegen all jenes noch vielmehr statt finden muß.

129.

Wirkung der Nachlaßverträge auf Wettschlagung.

A. schuldete dem B. 500 Gulden, und hatte hinwiederum an diesen 300 fl. zu fordern. B. fiel in Gant, und machte

mit seinen Gläubigern einen Nachlaßvertrag auf ⅔ zu zahlen. Hierauf belangte er den A. auf 500 Gulden, dieser wandte die Wettschlagung ein, welche aber B. nicht auf 300 fl. sondern nur auf 200 fl. zulassen wollte, weil A. als nicht erschienener Gläubiger dem Nachlaßvertrag sich zu fügen schuldig sey, den er auch, wenn er erschienen wäre, durch seinen Widerspruch nicht würde haben hindern können. Allein da Schuld aus Schuld sobald sie gegeneinander über stehen kraft Gesezes und selbst ohne Wissen der Schuldner wettgeschlagen sind, und dadurch jener Betrag, worinn sie einander gleich kommen, erlöscht, Sz. 1290., wiewohl nur bedingt auf den Fall, daß wo er um Zahlung angegangen wird, er die Wettschlagung entgegensezе, Erl. III. S. 211.: so hätte der A. zur Zeit des Zusammenrufs der Gläubiger bedingt aufgehört Gläubiger zu seyn, und da die Bedingung von seiner Willkühr abhieng, mithin sein Vorsaz sie in Erfüllung bringen konnte, so war er nicht mehr schuldig, unter den Gläubigern des B. aufzutreten, er gehörte nicht mehr in ihre Zahl, und was sie unter sich in der Eigenschaft als Gläubiger beschlossen, gieng ihn nichts an; seine entgegengesezte Einrede der Wettschlagung wirkte, gleich jeder Bedingung, Sz. 1179., rückwärts auf die Anfangszeit des Gegeneinanderüberstehens, und dortmals war noch kein Nachlaßvertrag vorhanden, folglich war das, was nach Saz 1290. an den 500 fl. erlosch, nicht nur 200, sondern 300 Gulden, vergl. Berger Dec. 186.

130.

Zulänglichkeit des Gesezes über Austheilung der Beweislast.

Es wollte bezweifelt werden, ob die Regel über die Austheilung der Beweislast im Sz. 1315. allgemein genügend sey, da wenigstens bisher die Hauptregel noch gar manche jezt vermißte Nebenbestimmungen hatte, Erl. III. S. 237. und besonders ward gefragt, ob sie den Klagen aus Sachenrechten gelten solle, und wie sie ihnen gelten könne, und das darum

a.) weil sie im Titel von Verträgen und Vertragsverbindlichkeiten steht, mithin auf diesen beschränkt scheint;

b.) weil weder die Zueignungs- noch die Besizklage in besondern Verbindlichkeiten das Gegentheil gründe, wie eine persönliche, sondern überhaupt im Recht des Klägers, oder — so viel die Einreden betrifft, im Gegenrecht des Beklagten, folglich ihrer Natur nach die auf Verbindlichkeiten berechnete Regel, ihnen nicht sich anbequeme;

c.) weil nach den anderwärts gegebenen Erläuterung sie keine Nothwendigkeit feststellt, den bloßen Anlaß der Klage zu beweisen, (St. 134.,) dagegen dieser Anlaß oder die Stöhrungsthat des Gegners, bey Zueignungs- und Besizklagen bisher jedesmahl zu beweisen gewesen sey, und auch wohl ferner bewiesen werden müsse, weil es widersinnig seyn würde, jemand mit einer solchen Klage zu belangen, der dazu nicht durch Rechts- oder BesizStöhrungen Anlaß gegeben habe.

Digitized by Google

Dennoch darf man getrost die Allgemeinheit jener Regel behaupten, und muß sie behaupten, weil sonst die gleich darauf folgende Regel, durch welche Mittel der Beweis zu führen sey, auch nicht einen allgemeinen Sinn haben könnte, der ihr doch vernünftiger Weise nicht abgesprochen werden kann. Jene Zweifel hebt eine nähere Beleuchtung völlig. Denn

zu a.) obwohl der Titel von Vertragsverbindlichkeiten zunächst handelt, weil diese der Anlaß wurden, des Beweises zu gedenken, so liegt darinn allein noch kein Beweis einer einschränkenden Absicht des Gesezgebers, wie wir schon daraus sehen, daß die Auslegungsregeln auch in diesem Titel stehen, und doch nach Sz. 1100 da., den Schenkungen und lezten Willen mit gelten. Deswegen ist auch das Kapitel, welches jenen Regeln gewidmet ist, überhaupt von Beweis der Verbindlichkeiten, nicht mehr beschränkt auf Vertragsverbindlichkeiten, überschrieben. Der sicherste Beweis hiefür ist, daß wenigstens die im folgenden Titel, welcher von Verbindlichkeiten, die ohne Vertrag entspringen, handelt, vorgeschriebenen Pflichten offenbar unserem Masstab der Beweislast angehören, welches genug ist, deren Nichtbeschränkung durch die Aufschrift des Titels zu erweisen.

Zu b.) Jede Klage oder Einrede aus Sachenrechten geht zwar nicht unmittelbar auf Vertragsverbindlichkeiten zurück, aber auf Verbindlichkeiten an sich allerdings, denn es gibt kein Recht, dem nicht eine Verbindlichkeit gegenüber stehe, und es könnte kein Richter nach dem Begehren des Klägers oder des Beklagten sprechen, wenn ihm nicht eine Verbindlichkeit desselben zu dem,

Digitized by Google

was begehrt worden ist, vorgelegt würde; diese Thatsache besteht in dem gesezmäßigen Erwerb des Rechts, der für andere der Verbindlichkeitsgrund wird, ihre natürliche Erwerbs- oder ihre VerfügungsGewalt nicht mehr auf eine solche Sache auszudehnen. Eben darum sind mittelbar, wenigstens in den meisten Fällen, auch eigentliche Vertragsverbindlichkeiten in Frage, weil das Eigenthum durch seine Rechtstitel begründet wird, welche gewöhnlich Verträge oder lezte Willen (also Halbverträge) sind. Endlich

zu c.) darf man nur die Natur der Sachenrechte sich gehörig aufklären, um zu sehen, daß damit kein Widerspruch zwischen der Anwendung des Sz. 1315. entstehe, welche auf sachliche sowohl als auf persönliche Klagen zu machen ist. Wer eine persönliche Verbindlichkeit klagend oder widerredend benuzt, der hat in der Regel allemahl seinen durch den Rechtstitel festbestimmten Gegner, z. B. der Käufer den Verkäufer, der Beschädigte den Beschädiger, um diesen zu fassen bedarf er also außer dem Beweis der Verbindlichkeit keines weiteren. Nur da, wo jemand aus einem fremden Rechtstitel klagt, z. B. der Rechtsnehmer der Gläubiger, der auf den Schuldner seines Schuldners greift, verändert sich der Fall, aber da fordert man von ihm auch allemahl den Beweis derjenigen Thatsache, der sein Recht zu einer Verbindlichkeit der beklagten Person gegen ihn stempelt, z. B. des Rechtsllebertrags, des Zugriffsrechts. So oft nun ein Sachenrecht im Anspruchs- oder BesizWeg ausgeklagt wird, so bestimmt jenes Recht zwar die Verbindlichkeit aller übrigen Menschen es zu achten, und nicht zu kränken, mithin diejenigen Handlungen zu unterlassen, die eine Nichtachtung oder Kränkung ausdrücken, aber die Ver-

Digitized by Google

bindlichkeit dieses oder jenes Menschen, jene Achtung durch Zurücknahme dieser oder jener Handlung auszudrücken, bestimmt es für sich noch nicht, rechtfertigt also noch keine Klage gegen einen bestimmten Gegner. Hierzu ist eine jenem Sachenrecht entgegenstehende Inhabung, und eine AbsichtsAeußerung, welche diese Inhabung mit gedachtem Sachenrecht in Gegenstoß sezt, erforderlich. Hier ist daher allemahl die NichtErfüllung jener Verbindlichkeit das Eigenthum anderer zu ehren, nicht bloß Anlaß zur Klage, sondern als nothwendige Bestimmung des Klaggrunds ebensowohl Theil seines Beweises wie bey übergetragenen persönlichen Klagen. Es ist mithin weder Widerspruch noch Ausnahme, sondern richtige Folge aus der Regel über den Beweis der NichtErfüllung der Verbindlichkeiten, daß hier stets der Kläger den Beweis des Anlasses führen muß.

131.

Beweislast bey der Entlastungsklage.

Viele und große Rechtsausführungen veranlaßte im alten Recht die Frage, ob bey der Entlastungsklage (actio negatoria) der Kläger die Beweislast auf sich habe, wenn der Beklagte im Besiz der strittigen Dienstgerechtigkeit sich befindet. In älteren Zeiten befolgten die Gerichte mehr die bejahende Meynung, Mevius VIII. Dec. 292., Linker I. Dec. 16., wovon die Gründe gesammelt zu finden in Cocceji J. C. L. 8. T. 5. Q. 4., jedoch manche nahmen auch die verneinende Antwort an, Berger I. Obs. 339.,

Digitized by Google

und in neueren Zeiten gewann diese die Oberhand, Leyser CIX. Med. 2., Cramer III. Obs. 820. §. 15. Pufendorf I. Obs. 37. Manche richteten die Anwort nach einzelnen Umständen des Falls ein, Ludolf II. Obs. 184. et III. Obs. 297. §. 16. Der Code Napoleon hat über diese Frage nichts ausgesprochen, aus seinem Geist aber leitete ich ab, daß die bejahende Meynung anzunehmen sey, Erl. V. §. 625. Die Richtigkeit dieser Folgerung, deren Gang dort nur kurz angezeigt ist, hat in Anspruch genommen werden wollen, und bedarf daher einer vollständigeren Entwicklung. Man leitete den Sieg der verneinenden Meynung daher ab, weil die Vermuthung für die Freyheit, d. i. für die NichtEinschränkung des Eigenthumsrechts, stärker sey als jene für den Besiz. Dieses scheint durch unser Landrecht begünstigt zu werden, denn dieses legt die Befugniß, Andere von jeder beliebigen Verfügung auszuschließen, dem Eigenthum ausdrücklich bey, Erl. I. S. 398.; es gestattet zwar das Daseyn einzelner Beschränkungen durch Trennung einer oder der andern Verfügungsart von dem Eigenthumsrecht, Sz. 547 b., aber stets soll dagegen die Vermuthung seyn, Sz. 547 a. Hieraus scheint zu folgen, der Kläger, dem sein Eigenthum des dienenden Grundstücks nicht angesprochen wird, oder der es gegen einen etwaigen Anspruch gerettet hat, könne bey Anstellung der Entlastungsklage keineswegs schuldig seyn, das Nichtdaseyn jener Einschränkung, deren er sich entlasten will, zu beweisen, zwar nicht deswegen weil es eine verneinende Thatsache ist, die man jeweils etwas zu allgemein der Beweisbedürftigkeit entließ, Leyser CCLV. Med. 2 et 3.; denn eine solche Entlassung hat unser Gesezbuch gar nicht

Digitized by Google

ausgesprochen, sie muß also, wo sie eintreten soll, aus andern hinzutretenden Gründen abgeleitet werden — aber deswegen, weil Nichtdaseyn in obigen Aussprüchen für eine solche Thatsache erklärt ist, welche eine gesezlich belehrende Vermuthung für sich hat, dieser Ausspruch aber denjenigen, der sich in einer solchen Thatsache gründet, von der Beweislast frey macht, Sz. 1352. Allein mehr als Schein ist diese Folgerung nicht. Alle gesezlich belehrende Vermuthung fällt weg, sobald das Gegentheil bewiesen ist, und für bewiesen gilt, was dem Richter augenscheinlich vorliegt. Jenes vermuthete Nichtdaseyn weicht also der Augenscheinlichkeit des Daseyns. Augenscheinlich vorhanden ist die Beschränkung des Eigenthums, sobald der Richter aus den Akten ersieht, daß er im Fall sey, den der die Beschränkung behauptet, in dem Gebrauch dieser Beschränkung zu schüzen, also sobald der Beklagte im gewährten Besiz sich befindet. Hieraus erledigt sich auch eine andere Zwischenfrage, die desfalls jeweils vorgekommen ist, da nemlich mehrere Gerichte dem Kläger alsdann den Beweis seiner Entlastungsklage auflegten, wenn er einen Fehler des Besizes seines Gegners in der Klage angeführt hatte, Berger Dec. 76. Unweise ist eine solche Anführung eines Fehlers immer, denn sie ist nichts anders als ein Vorgebrauch einer Gegenrede (replica anticipata), ehe man weiß ob der Andere die Einrede, wider welche solche passen würde, benuzen wird. Inzwischen die Unweisheit der Vorträge der Partheien darf die Weisheit des Richters nicht meistern; er muß wissen, was rechtserheblich, und wenn es rechtserheblich ist. Sobald einmahl die Entlastungsklage angestellt wird, so gesteht man dadurch dem Gegentheil

Digitized by Google

den gewährten Besiz zu, Erl. V. §. 625. (vergl. Frankreichs Code de Procedure Art. 25.) man behauptet aber zugleich damit die Verbindlichkeit des Andern, von diesem gegewährten Besiz abzutreten. Nun hat nach Sz. 544 e. niemand die Pflicht von dem Besiz — der ihm für Rechtszuständigkeit oder Eigenthum dient — abzutreten, außer wenn derjenige, der die Abtretung verlangt, ein stärkeres Recht oder einen stärkeren Besiz, oder desfallsige VertragsVerbindlichkeiten des Besizers erweiset. Folglich muß zu einer wirksamen Entlastungsklage gegen den im BelastungsBesiz befindlichen Beklagten eine Thatsache angeführt werden, woraus Eines oder das Andere hervorgeht. Ein stärkeres Recht ist vorhanden, wann der RechtsErwerb des Andern Fehler hat, die demjenigen des Klägers nicht anhängig, z. B. der Kläger hat sein Eigenthum vom wahren Eigenthümer für frey erkauft, indeß der Andere seine Dienstbarkeit nur von einem NichtEigenthümer bestellt erhalten hat; ein stärkerer Besiz ist vorhanden, wenn der Kläger das für dienstbar angesprochene Gut aus einem Freyheitaussprechenden Titel inne hatte, vor der Zeit, in welche der älteste erwiesene DienstbarkeitsVorgang des Beklagten hinaufreicht, oder wenn der spätere Besiz des Beklagten Mängel hat, die ihn nicht zu Recht erwachsen lassen, wenn sie gleich die GewährsErsizung nicht hinderten, endlich Vertragsverbindlichkeiten sind vorhanden, wenn der Beklagte oder ein ihn verbindender Rechtsvorfahrer der Dienstbarkeit überhaupt oder für die obwaltende Rechtsverhältnisse entsagt hat. Eine oder die andere dieser Thatsachen muß demnach derjenige zum Grund legen, der durch die Entlastungsklage eine Verbindlichkeit des Andern vom Besiz der Dienstbarkeit abzustehen,

stehen, ausführen will; hieraus folgt nachmals mittelst des Sazes 1315. von selbst, daß er auch diejenige derselben, die er zum Grund legt, beweisen müsse.

Hiermit beantwortet sich in unserem Recht bejahend die vorhin bestrittene Frage, ob der Kläger, der in seiner Klagschrift Fehler des anderseitigen Besizes anführt, sie beweisen müsse, vergl. Berger Dec. 76.

132.

Beweislast der Erbantretung.

Der Gerichtsgebrauch sezte bisher alle Erben, auch die Kinder, welche kraft Gesezes Erben waren, (sui haeredes), darinn einander gleich, daß deren Erbantretung nie vermuthet wurde, obwohl nach strengem Recht die Kinder als gesezliche Erben schuldig geachtet wurden, auf Schuldklagen sich einzulassen, auch ohne daß gegen sie der Beweis der Einmischung geführt werde, Cocceji J. C. L. XXIX. T. II. Q. 3. Da Gerichtsgebräuche nichts mehr gelten, Erl. I. S. 50., so würde man leztgedachtes strenge Recht und zwar bey allen Erben, nicht nur bey Kindern (weil alle jezt gesezliche Erben sind, Erl. II. S. 28.) jezt anwenden müssen, wenn es nach dem Code Napoleon noch bestünde. Dieser sagt aber die Erbantretung kann ausdrücklich durch Erbannahme und stillschweigend durch Einmischung geschehen, die Entsagung auf Erbschaften aber wird nicht allein niemals vermuthet, sondern sie kann auch nicht anders als schriftlich und gerichtlich geschehen, Sz. 784., sie soll hingegen für unentschieden gelten, so

lange nicht eine Einmischung oder eine richterliche ErbErklärung ins Mittel getreten ist, Sz. 800. Aus der Zusammenstellung dieser Säze folgt von selbst, daß bey uns der Gläubiger nie im Fall ist, die Einmischung oder ErbAnnahme zu beweisen, außer wenn er den Erben während der noch laufenden Bedenkfrist mit Wirkung belangen will, und also sich auf die schon geschehene Erbantretung zu deren Beseitigung berufen müßte. Sobald diese Zeit vorbey ist, so hat der Gläubiger zum Daseyn der Zahlungsverbindlichkeit des Erben keines Beweises nöthig, weil dessen ErbEigenschaft kraft Gesezes auf ihn übergeht, und deren Entsagung die Vermuthung gegen sich hat: der Schuldner also muß entweder die Entsagung nachhohlen und sie als die Grundlage der Erlöschung seiner Verbindlichkeit, Sz. 1315., beweisen, oder er muß zahlen.

133.

Beweislast der VertragsErfüllung des Klägers.

Obwohl es unter der Herrschaft des römischen Gesezes Rechtslehrer gab, welche dem Tausch schon vor der Erfüllung des Klägers Vertragskraft beylegten, und sie nicht erst wie bey Sachverträgen (contractibus realibus) aus der Erfüllung hervorgehen ließen, so behaupteten dennoch auch diese, daß vor der Erfüllung daraus nicht mit Wirkung geklagt werden könne, weil die Klage auf die Erfüllung bedingt sey, und daraus leiteten sie die Pflicht des Klägers ab, die Erfüllung als seinen Klaggrund zu erweisen,

Digitized by Google

obgleich in andern Fällen der Kläger diese nicht anzuführen, also noch weniger zu beweisen braucht, Mevius VIII. Dec. 216., und das selbst alsdann, wenn gleichwohl der Beklagte auch die NichtErfüllung zum Grund einer Einrede gemacht hat, die er also beweisen mußte, Mevius VIII. Dec. 317. Diese Ansicht fällt jezt weg. Kein Gesez stellt sie auf. Der Saz 1703., wenn er sagt, der Tausch entsteht wie der Kauf, durch die bloße Einwilligung, zerstört ihre ganze Grundlage; der weitere Saz 1707. der in allen nicht ausdrücklich bestimmten Dingen den Tausch auf die Lehre vom Kauf verweiset, verordnet damit unwidersprechlich, daß der Kläger im Tauschvertrag (da, wo nichts anders verabredet und geordnet ist) die NichtErfüllung in keinem andern Sinn zu beweisen brauche, als wie sie ein Käufer auch würde beweisen müssen, das heißt, niemals da, wo er auf Erfüllung des Vertrags klagt, aber immer da, wo er dessen Auflösung zu seinem Klagezweck nimmt, (St. 134.)

134.

Beweislast bey der NichtErfüllung eines Vertrags.

Vorhin war es eine als gemeingeltend angenommene Wahrheit, daß, obwohl ein verneinender Klaggrund oft erwiesen werden müsse, dennoch derjenige, der eine ihm schuldige VertragsErfüllung läugnet, diesen verneinenden Umstand selbst da nicht zu erweisen brauche, wo er seinen Klaggrund darauf stüzt, Hartmann Pistorius I. Quaest. 22., Mevius V. Dec. 279. Bey diesen Be-

Digitized by Google

hauptungen, die auf keinem haltbaren Gesezgrund beruhten, überwog der Gerichtsgebrauch die Vernunftlehre. Man hatte dafür kein bestimmendes Gesez: man leitete es bloß daraus her, weil die Erfüllung eine Thatsache der Einrede des Beklagten sey, so habe der Kläger niemals nöthig deren Beweis ihm abzunehmen. Dieses war ein irriger Schluß in doppelter Hinsicht; einmahl darum, weil da, wo der Kläger die NichtErfüllung zum Klaggrund nimmt, keineswegs die nemliche Nichterfüllung ein Grund der Einrede werden kann, sondern umgekehrt hier die Erfüllung Einredegrund für den Beklagten seyn muß, indem ja sonst beede einig, also kein Streit wäre; daher es unrichtig ist, daß die Auflage des Beweises der NichtErfüllung dem Beklagten seine Beweislast abnimmt, als welche dieser, wenn er die Einrede der geschehenen Erfüllung benuzen will, immer noch führen muß, und auch führen kann, weil kein Beweis den Gegenbeweis ausschließt: zum andern war der Schluß darum irrig, weil der Klaggrund immer bewiesen seyn muß, ehe vom Beweis der Einreden die Frage seyn kann, folglich wenn auch der Beweis des Klägers wirklich dem Beklagten eine ihm obliegende Last abnähme, dieses kein Grund werden dürfte, den früher zu deren Tragung verbundenen Kläger davon zu befreyen. Jezt, wo alle Herrschaft des Gerichtsgebrauchs gestürzt ist, Erl. I. S. 50., kann von jener Meynung aus ihren vorigen in sich unhaltbaren Gründen gar keine Rede mehr werden. Die Beweislast darf jezt nur nach ihrem Regelmaas im Saz 1315. ausgetheilt werden. Hierbey unterscheide man zwey Fälle, wie in einer Klagschrift von der NichtErfüllung eines Vertrags die

Rede seyn kann, nemlich einmahl um an diesem Umstand das Begehren der VertragsErfüllung anzuknüpfen, das anderemahl um darauf die Auflösung des Vertrags zu gründen, welches zwar nach römischem Recht gewöhnlich bey zweyseitigen Verträgen nicht angieng, jezt aber dabey in der Regel statthaft ist, Sz. 1184. Hiernächst merke man wohl auf den Unterschied des römischen Rechts, das die Beweislast nach Klage und Einrede vertheilte, von dem französischen, das sie nach Verbindlichkeit und Erlöschung der Verbindlichkeit austheilt, welches zwar häufig, aber nicht immer, auf Eines hinausläuft.

Wo nun ein Kläger der NichtErfüllung gedenkt um eines Erfüllungsbegehrens willen, da ist er niemals im Fall die Verbindlichkeit des Andern auf diese NichtErfüllung zu gründen, denn diese geht einzig und allein aus der Thatsache des Vertrags, Halbvertrags u. s. w., aus. Die Erwähnung der NichtErfüllung ist nur Anlaß jene Verbindlichkeit im gerichtlichen Weg zu suchen: solche Anlässe zu beweisen, legt kein Gesez dem Kläger auf, sondern lediglich den wirklichen Klaggrund oder die Thatsache der Verbindlichkeit. Hier hat also freylich der Kläger jene NichtErfüllung keineswegs zu beweisen, aber nicht darum weil hier eine Ausnahme einträte von jener Regel, die ihm den Verbindlichkeitsgrund, aus dem er klagt, zu beweisen auferlegt, sondern deswegen, weil die NichtErfüllung gar nicht zu den Verbindlichkeitsgründen gehört, somit nicht von dem Wirkungskreis jener Regel ergriffen wird; hier ist denn auch umgekehrt der Beweis der Einrede der Erfüllung oder Zahlung, als einer Erlöschung der Verbindlichkeit, wahrhafte Sache des Beklagten.

Digitized by Google

Betrachten wir aber den zweyten Fall wo der Kläger wahrhaft sein Gesuch auf die NichtErfüllung gründet, z. B. wenn er verlangt, wegen unterbliebener Lieferung den Kauf, oder wegen mehrjährigem BestandzinsRückstand den Bestand aufzuheben, alsdann ist sie wahrhaft der Verbindlichkeits-Grund gegen den Beklagten, nemlich aus der Nichtzahlung geht die Verbindlichkeit hervor, den auf die Erfüllung auflösendbedingten Vertrag, Sz. 1184., umstoßen zu lassen, und diese ist die eingeklagte Verbindlichkeit, also der Klaggrund.

Uebrigens hat der Kläger damit nicht die unbestimmte Verneinung, daß niemals die Erfüllungshandlung geschehen sey, zu beweisen, welches freylich eine unvernünftige Last seyn würde, sondern nur die theils bejahende, theils nur nach Zeit und Ort hinlänglich bestimmte verneinende Behauptung zu erweisen, daß in dem Augenblick wo die Zahlung verfallen, und der Gläubiger zur Empfangnahme sich schuldigermaßen eingestellt habe, oder bereit gewesen sey, die Zahlung nicht erfolgt sey. Sobald dies bewiesen ist, und der Beklagte will spätere Erfüllung behaupten, so ist das alsdann Thatsache, die er als den Grund der behaupteten Erlöschung der eingeklagten Umstoßungsverbindlichkeit beweisen muß.

Digitized by Google

135.

Beweislast der freywilligen Zurückgabe eines Schuldscheins.

Daß in gewissen Fällen die Zurückgabe des Schuldscheins eine gesezlich gebietende, in andern eine gesezlich belehrende Vermuthung der Erlassung der Schuld sey, sagt der Code Napoleon klar, Sz. 1282. und 1283., und daß für diese Zurückgabe ein Vermuthungsgrund aus dem Besiz hervorgehe, bemerkte ich, Erl. III. S. 201. Da man aber nach dem vormaligen Gerichtsgebrauch im Zweifel war, ob dieser Besiz eine die Beweislast überwälzende gesezlich belehrende oder eine bloß zu andern Beweismitteln zu Hülfe zu nehmende richterliche Vermuthung sey, Carpzov III. Const. XXIX. Def. 12., so glaubte man diese Frage bedürfe auch jezt noch einer Entscheidung, und benuzte den desfalls in oben angezogener Stelle gegebenen Wink dahin, daß der fordernde Gläubiger, und nicht der den Schuldschein besizende Schuldner, die Beschaffenheit der Rückgelangung in des Schuldners Hand durch Beweis aufzuklären habe. Deutlich spricht der Saz 544 e. dem Besiz alle Wirkungen des Eigenthums gegen jeden zu, der nicht stärkeren Besiz oder stärkeres Recht geltend machen, d. h. zum Grund einer Verbindlichkeit des Andern ihm zu weichen benuzen, also auch nach Saz 1315. diesen Verbindlichkeitsgrund beweisen kann. Daraus folgt, daß das Gesez den Besiz für etwas erkläre, woraus man so lang auf Daseyn eines rechtmäßigen Erwerbs schließen kann, als jener Beweis des Gegentheils vom Andern nicht geführt wird. Nun besteht der Unterschied einer

Digitized by Google

geſezlichen und einer richterlichen Vermuthung darinn, daß der Schluß von einer bekannten auf eine unbekannte Thatſache, Sz. 1349., dort auf ein Geſez, Sz. 1350., hier nur auf einen natürlichen Zuſammenhang, Sz. 1353., gebaut werde: nothwendig muß alſo jener aus dem Saz 544 e. hervorgehende Vermuthungsgrund zu den geſezlich belehrenden, nicht zu denen bloß richterlichen gezählt werden. Der Sz. 1340. der die Zahlung an den redlichen Beſizer einer Forderung für gültig erklärt, beweiſet abermals, daß das Geſez aus dem Beſiz auf den rechtmäßigen Erwerb den muthmaßlichen Schluß begründe.

136.

Beweislaſt der Nebenumſtände einer Thatſache.

Die Alten lehrten: wer bey dem Vortrag widerrechtlicher Thatſachen, überflüſſige Umſtände anführe, der müſſe ſie als Theil ſeiner Klagſchrift beweiſen, hingegen der Vortrag zu weniger Umſtände, ſchade demſelben nichts, wenn nur diejenigen nicht mangelten, woraus unmittelbar die Natur des Vergehens zu erkennen, und mithin die Rechtsanwendung abzuleiten ſey, Mynsinger I. Obs. 40., IV. Obs. 80. Beede Regeln gehen uns nichts mehr an. Unſer Geſezbuch will nicht mehr und nicht weniger zum Beweis ausgeſezt wiſſen, als diejenigen Thatumſtände, worauf das Daſeyn der Verbindlichkeit, oder das Daſeyn ihrer Erlöſchung beruht, Sz. 1315. Mag die Parthie noch ſo viel Umſtände angeführt haben, wenn ſie dafür nicht erheblich ſind, ſo

hat der Richter kein Recht, den Beweis derselben abzufordern. Hingegen wenn das Daseyn der Verbindlichkeit aus unrechten Thaten entspringt, alsdann will das Gesez es sollen die Umstände der Zeit, des Orts, und der Art des Vergehens mit vorgetragen und erwiesen seyn, um daraus rechtlich jenes Daseyn zu folgern, Sz. 1117 b., mag daher immerhin in einem gegebenen Fall auch ohne diese Umstände die Natur des Vergehens zu erkennen, und die darauf anzuwendende gesezliche Rechtsfolge aufzufinden seyn, das berechtigt den Richter nicht, ohne deren Darlegung das Daseyn der aus der unrechten That entspringenden Verbindlichkeit anzunehmen, und das darum damit der Beschuldigte jene Angaben erlange, durch welche er, wenn er unschuldig wäre, seine Unschuld dem Richter klar zu machen, in den Stand komme, Erl. III. S. 29.

137.

Beweislast der Verwendung bey Umstoßung der Verträge.

Die Frage, wer die Verwendung einer Zahlung in den Nuzen des Minderjährigen bey Umstoßung der Verträge zu erweisen habe, ward vorhin sehr verschieden beantwortet, Cocceji J. C. L. IV. T. IV. Q. 18. Jezt kommt alles darauf an: ist die VerwendungsAufklärung dem Minderjährigen zur Umstoßung des Vertrags nöthig, oder nur nach umgestoßenem Geschäft dem Gegner um das, was er gegeben hat, zurück zu empfangen; den lezten Fall entscheidet das Gesez ausdrücklich dahin, daß hier der Gegner den

Digitized by Google

Beweis führen müſſe, Sz. 1312., welches auch der allgemeinen Regel gemäß iſt, wornach derjenige beweiſen muß, der eine Verbindlichkeit — hier die Verbindlichkeit der Rückzahlung — behauptet, die auf einer Thatſache beruht, Saz 1315. Indem jedoch das Geſez jene Beweisauflage nur beſchränkt auf dieſen Rückforderungsfall ausſpricht, entſteht daraus die dringende Vermuthung, es wolle das Nemliche außer dieſen Schranken nicht gelten laſſen. Nimmt man nun weiter hinzu, daß der Minderjährige einen Vertrag nicht umſtoßen kann, als in geſezlich beſtimmten Fällen, Sz. 1125., daß zu dieſen beſtimmten Fällen derjenige zwar gehört, da eine Verkürzung deſſelben vorhanden iſt, Sz. 1305., und zwar eine ſolche, die nicht aus zufälligen und unvorgeſehenen Urſachen entſpringet, Sz. 1306., und da eine Verkürzung ſelbſt da, wo von einem Anlehen die Rede iſt, (welches vorhin in jenem Streit den ſchwürigſten Fall ausmachte) nur vorhanden iſt, wenn das Geld verſchwendet, auf unnüze Ausgaben verwendet worden iſt, ſo iſt dieſes offenbar die Thatſache aus welcher die Verbindlichkeit des Gegners den Vertrag umſtoßen zu laſſen, hervorgeht, die folglich nach Saz 1315. der Minderjährige beweiſen muß. Die Behauptung, es ſey ſchon die bloße Eingehung einer Erſazverbindlichkeit eine Verkürzung, hat in unſerem Geſezbuch ſo wenig als in der Natur der Sache einen Grund: wenigſtens wäre dieſe allein nur im unvorgeſehenen und zufälligen Fall einer Verſchwendung des Empfangenen eine Verkürzung, mithin dadurch allein nach Sz. 1306. zur Umſtoßung zu vereigenſchaften.

Digitized by Google

138.

Beweislast der Zahlung zur Ungebühr.

Das römische Recht macht mancherley Unterschiede bey der Beweislast über Zahlungen zur Ungebühr, L. 25. pr. et §. 1 ff. de probat. a.) Hat der Empfänger den Empfang der Zahlung selbst geläugnet, so soll er, wenn er nachmals desselben überwiesen wird, die Gebühr der Zahlung beweisen. So wenig hierinn etwas Unbilliges liegt, so geht doch der Berechtigungsgrund zu dieser LastAuflage aus der Strafe des Läugnens hervor: der Code Napoleon aber kennt keine solche, und aus diesem Gesichtspunkt kann also die Beweislast jezt nicht bestimmt werden. b.) Hat er ihn eingestanden und nur die Ungebühr geläugnet, der Kläger aber ist aus einer wegen Rechtsunwissenheit oder Rechtsversehen begünstigten Menschenklasse, so soll wiederum der Beklagte die Gebühr erweisen: dieses fällt jezt auch weg, da es keine solche begünstigte Klassen gibt. c.) Das Nemliche soll gelten wenn der Kläger ein unverständiger oder nachläßiger Mann ist, weil alsdann eine gesezliche Vermuthung der leichtsinnigen Zahlung eintrete, Cocceji J. C. L. XII. T. VI. Q. 16., wogegen d.) wenn derselbe ein verständiger und aufmerksamer Mann ist, er selbst die Ungebühr zu erweisen angehalten werden soll. Dieser Unterschied zwischen achtsamen und nachläßigen Zählern, wenn er gleich in der Seelenkunde einigen Grund hat, ist doch der gesezgebenden Klugheit übel angemessen, weil dadurch Versehen, statt demjenigen zu schaden der sie begeht, dem nachtheilig bleiben, gegen den sie begangen werden, und der Vorsichtige damit gleich-

Digitized by Google

ſam geſtraft wird. Auch dieſer Unterſchied iſt daher dem Napoleoniſchen Recht, das ihn nicht aufgenommen hat, und nichts von einer geſezlichen Vermuthung leichtſinniger Zahlungen kennt, nicht unterzuſchieben, zumahl da dieſes den Bindeſtoff dieſes Halbvertrags in den ungebührlichen Empfang ſezt, Sz. 1376., nicht in der ungebührlichen Zahlung, Erl. III. S. 277., folglich wann je eine Berechtigung da wäre, nach GeiſtesEigenſchaften die Beweislaſt verſchieden zu vertheilen, alsdann die Geiſtesbeſchaffenheit des Empfängers, alſo des Beklagten, zum Grund zu legen wäre, der ohnehin in Rechten im Zweifel der Begünſtigte war. Aber es kommt nirgends auf Unterſchiede an. Der allgemeine Austheiler der Beweislaſt im Saz 1315. ſagt: wer auf Erfüllung einer Verbindlichkeit klagt, muß ihr Daſeyn beweiſen. Das Daſeyn der Verbindlichkeit zur Zurückzahlung eines ungebührlichen Empfangs beruht nach Saz 1376. auf folgenden Thatſachen: a.) daß dem Beklagten etwas gegeben ſey (dieſes liegt im Begriff des Worts: Zahlung, Sz. 1238.); b.) daß dieſes zur Zahlung geſchehen ſey (d. h. zur Auflöſung einer Verbindlichkeit, Sz. 1234.); c.) daß die aufzulöſende Verbindlichkeit eine vermeynte Forderung, das heißt eine ſolche ſey, die nach ihren einzelnen DaſeynsUmſtänden ſo weit als zu einer Urtheilfällung über ſie nöthig iſt, bekannt ſey, (denn ohne dieſe Bekanntſchaft wäre keine Meynung über ſie möglich,) und d.) daß dieſe vermeynte Forderung nicht vorhanden ſey. Dieſe Umſtände alle müſſen, ſo weit ſie geläugnet ſind, bewieſen werden. Zwar wendet man aus gewohnten Anſichten des alten Rechts ein, der lezte Umſtand ſey eine Verneinung, die Niemand zu beweiſen

brauche, L. 1. C. de probat. Allein als gesezliche Wahrheit geht uns dieser Grund, der in den Code Napoleon nicht aufgenommen ist, weiter nicht an, als so weit er auf einer Vernunftnothwendigkeit beruht, und daher natürlichen Rechtens ist, Sz. 4a.: das ist er aber nur so weit, als von einer unbestimmten Verneinung die Rede wäre, welche freylich zu beweisen unmöglich fällt: wo sie aber auf Zeit, Ort und Umstände beschränkt ist, da tritt eine solche Unmöglichkeit nicht ein, Barbosa Thes. Loc. Comm. V. Negans Ax. XII., da kann also der, welcher aus einer solchen beschränkten Verneinung eine Verbindlichkeit ableitet, sich der Beweislast nicht entziehen. Dieses ist nun hier der Fall bey obiger vierten Thatsache: denn das Nichtvorhandenseyn der Forderung heißt nichts anders, als die sämmtlichen Umstände, wie sie wirklich sind, begründen ein Erlöschen der Verbindlichkeit, (das Wort: Erlöschen in jenem weitern Sinn genommen, den das Landrecht ihm beylegt, worunter auch Nichtigkeit und Umstößlichkeit mit begriffen ist, Saz 1234.) Die scheinbare Verneinung ist mithin hier eine versteckte Bejahung, und sie ist bestimmt auf die bey der ursprünglichen Meynung zum Grund gelegene und hintennach in der That anders befundene Umstände, also gar wohl erweislich, vergl. Wernher III. Obs. 181. Hiervon macht der Fall eine Ausnahme, wo jemand gegen die Forderung aus einem stummen Schein (cautio indiscreta) die Einrede der Zahlung zur Ungebühr vorbringt, Mevius VIII. Dec. 236.; hier muß der Fordernde die durch Verschweigung mangelhafte Vertragsursache durch Beweis ergänzen, Erl. III. S. 52., wiewohl richtig genommen dieses nicht einmahl eine Ausnahme ist, weil nach unserem

Recht jene Einrede nicht auf eine Zahlung oder ScheinAusstellung zur Ungebühr, sondern auf einen Mangel der VertragsUrsache zu gründen ist.

139.

Theilweise Vorlegung der Urkunden.

Vormals erlaubte man aus Anlaß des päbstlichen Rechts in cap. 5. X. de fid. instrum. Urkunden theilweise vorzulegen, sobald nur die wegbleibenden Theile nicht mit den vorzulegenden in wesentlicher Verbindung standen, Carpzov I. Const. 17. Def. 5. Dieses war auch mit der damahligen Rechtslehre zusammenhängend, wo man sogar gestattete, durch Rechtsverwahrung zu verhüten, daß nicht widrige Theile des Inhalts einer Urkunde gegen den, der sie vorlegte, angewendet werden könnten, Carpzov l. c. Def. 7., weil man für recht hielt, daß jemand das Geständniß des Gegentheils als beweisend für sich annehme und den Beweis der widrigen darinn angeführten Behauptungen dem Gegner heimschiebe. Dieses leztere ist nun nicht mehr erlaubt, Sz. 1356. Erl. III. S. 261. und 262.: da nun Urkunden nichts anders sind als schriftliche Geständnisse, (St. 145.) so mußte unsere Gesezgebung zugleich wollen und wollte auch, Sz. 1330., daß Urkunden nicht getheilt werden dürfen, sondern von dem, der Vortheil daraus ziehen will, auch zu seinem Nachtheil als wirksam zugelassen werden müssen. Dagegen möchte jezt eine Rechtsverwahrung nichts mehr helfen, weil sie dem Gesez entgegen wäre, Sz. 1100 c. Ist nun aber dieses, so fließt hieraus folgerich-

Digitized by Google

tig, daß derjenige, der eine einseitige Urkunde vorlegt, d. h. eine solche, die nicht für beede Theile doppelt gefertigt worden ist, vergl. Sz. 1325., sie ganz vorlegen muß, damit der Gegentheil ersehen könne, ob nicht das ihm Nachtheilige mit Weglassung des ihm Vortheilhaften, dem Richter vorgelegt sey. Eine Verordnung, womit allerdings der Hauptbestimmung des Richters, Wahrheit zu finden, weit sichrer vorgesorgt ist, als mit der Gestattung theilweiser Vorlegungen. Bey Urkunden die mehrere Personen betreffen, z. B. Handelsbüchern, ist die Vorlage jedoch ganz geschehen, wenn alles vorgelegt ist, was den Gegner angeht.

140.

Stillschweigende RechnungsGenehmigungen.

Es ist wohl sehr richtig, daß niemand bloß dadurch eine Rechnung genehmige, die ihm der Gläubiger einhändigt, daß er sie ohne Widerspruch annimmt, wenn nicht noch eine weitere Thatsache hinzukommt, die eine Anerkenntniß in Folge hat, vergl. jedoch Leyser CCLXXIX. 10. Unser Gesezbuch gibt dafür einen doppelten Entscheidungsgrund; einmahl nimmt es an, daß da, wo eine Handlung ein nachtheiliges Einbekenntniß, aber auch Etwas minder oder gar nicht nachtheiliges, zu ihrem Anlaß haben kann, auf das leztere die Auslegung gemacht werden soll, Sz. 1286., welches bey Rechnungen der Fall ist, die ebensowohl auf Prüfung als auf Anerkenntniß angenommen werden können, ja gewöhnlich nur

Digitized by Google

in ersterer Ansicht angenommen werden; zum andern spricht es klar aus, daß die bloße Annahme einer Sache ohne weitere hinzukommende billigende Handlung kein Verzicht sey auf die dagegen habende Einreden, sondern es erst durch eine hinzukommende nur aus Voraussezung der SchuldRichtigkeit vernünftig zu begründende Handlung werde, L.R. A.Sz. 105. Ebenso wohl läßt sich daher gegen den obgedachten Leyser mit Struben I. 72. annehmen, daß eine bloße der Annahme nachgefolgte Aeußerung, wie man des Andern Schuldner sey, wenn sie nicht die Schuldsumme ausdruckt, und diese doch aus mehreren Posten erwachsen ist, für eine Genehmigung des ganzen RechnungsInhalts, mithin für eine Entsagung auf ein gesezmäßiges Richtigstellungs-Begehren nicht gelte, da einem solchen Geständniß immer noch seine volle Ehre wird, sobald man nur zu einem Theil der Rechnung sich schuldig bekennt, das Gesez aber nicht erlaubt, mehr aus einer WillensErklärung zu schließen, als nothwendig und folgerichtig daraus hervorgeht, Sz. 6b., [das heißt so, daß ohne diesen Schluß jene zum Vordersaz dienende Erklärung keine vernünftige Haltung mehr hätte, Sz. 1108 c.] und daher nur alsdann, wann die Voraussezung der Einwilligung in die Schlußfolge die im Vordersaz liegende WillensErklärung bestimmen konnte, Sz. 1108 b., vergl. Sz. 2048—2050. Unter diejenige Handlungen, deren Hinzukommen für ein Anerkenntniß gilt, zählt Leyser a. a. O. die Uebereinstimmung der übergebenen Rechnung mit dem Handelsbuch, die aber jezt dazu nicht mehr dient, weil dieses keinen Beweis der Lieferungen gegen Handelsleute machen, Sz. 1329., auch für ihn nicht einmahl als Einleitung eines Schriftbeweises

gelten

gelten solle, Sz. 1347., hingegen rechnet unser Landrecht dahin die ohne Rechtsverwahrnng geschehene Abschlagszahlungen, Sz. 1338 a., wofür auch die Rechtsähnlichkeit des Handelsrechts spricht, A.Sz. 105. vergl. mit A.Sz. 1 b. Es hat jedoch auch die allzulange Dauer des Ausstands in der Richtigstellung bey manchen Arten der Rechnungen diese Wirkung. Unser Recht hat nemlich bey gewissen Gattungen der Zahlungen, die täglich vorkommen und auf Rechnung zu geschehen pflegen, kurze Verjährungsfristen geordnet, Sz. 2271. 2272., theils um der Nothwendigkeit allzulanger Aufbewahrung vieler Quittungen auszuweichen, theils um zu verhüten, daß die oft darüber entstehende Richtigstellungs-Prozesse nicht in so späte Zeiten fallen, wo Rückerinnerung an alle einschlagende Umstände solcher kleinen täglich vorfallenden Dinge nicht zu erwarten ist, Erl. III. S. 336. Um einen säumigen Zähler nicht zu sehr zu begünstigen, hat es diesen Verjährungen keine eigene Erlöschungskraft beygelegt, sondern nur eine gesezliche Vermuthung der Zahlung daran geknüpft, und zwar nur eine gesezlich belehrende, welche einen Gegenbeweis zuläßt, und hat sie nur mit der Eigenheit umwunden, daß nicht jede Art der Gegenbeweismittel, sondern nur ein solches, das durch Eideszuschiebung geführt wird, dawider statt findet, Sz. 2275. Es kann demnach geschehen, daß wenn der Schuldner wider eine solche Forderung auf diese Versizung sich beruft, und der Gläubiger den Eid über die geschehene Zahlung fordert, der Schuldner, weil er weiß, daß er nicht bezahlt hat, den Eid verweigert, und dabey nun die Richtigkeit der Forderung noch in Anspruch nimmt. Dieses aber ist nicht zu gestatten, sondern

die Forderung alsdann für anerkannt zu nehmen, da solches theils aus der Natur der Zahlung, theils aus der Natur des Eides folgt. Die Natur der Zahlung, die ein Auflösungs-Mittel der Verbindlichkeiten ist, Sz. 1234., bringt mit sich, daß bey ihr eine Schuld oder das Daseyn einer Verbindlichkeit vorausgesezt werde, Sz. 1235., weswegen jede auf eine bloß vermeynte Schuldigkeit, d. h. aus Irrthum, geschehene Zahlung zurückgefordert werden kann, Sz. 1376. Wo demnach das Gesez will, daß Zahlung vermuthet werde, da will es auch, daß eine richtige Schuld vorausgesezt werde. Wer sich demnach auf die gedachte Versizung beruft — denn ohne Berufung der Parthie aus solche, wäre sie vom Richter nicht zu berücksichten, Sz. 2223. — der beruft sich auf eine, vom Richter zu muthmaßende Zahlung, mithin auch auf eine von ihm vorauszusezende Schuldigkeit. Die Natur des Eides führt zu gleicher Ansicht: das Gesez will, daß der, dem diese kurze Versizung entgegen gehalten wird, nichts anders als die Eideszuschiebung übrig habe: die Weigerung eines zugeschobenen Eides über einen Streitgegenstand aber bringt mit sich, daß der Weigernde als sachfällig angesehen werde, und die Wahrheit dessen, was sein Gegner behauptete, als gesezlich gebietende Rechtsvermuthung unwiderleglich gegen ihn gelten soll, Sz. 1350. Abs. 3., vergl. mit 1361.; folglich muß durch den Eintritt dieser Eides-Weigerung die Schuld anerkannt werden, welches auch dem Zweck des Gesezes gemäß ist, der gar nicht erreicht würde, wenn nachher die durch die kurze Versizung abzuschneidende Einwendungen noch gehört werden dürften.

Digitized by Google

141.

Werth der beziehenden Urkunden.

Daß eine beziehende Urkunde (instrumentum referens) nichts ohne die bezogene beweise, war eine römische Rechtsregel, die jedoch manchen Einschränkungen unterworfen ward, welche Leyser CCLXIV. Med. 1 et 2. dahin zusammenfaßt, daß die bezogene unnöthig sey, wenn von der Richtigkeit der Verbindlichkeit, aus der beziehenden Urkunde oder sonst, hinlängliche Gewisheit vorliege. Eine Einschränkung die freylich so gut als nichts sagt, weil sie die Frage unerörtert läßt, was dazu gehöre, damit aus einer beziehenden Urkunde hinlängliche Gewißheit sich ergebe? Das Napoleonische Recht spricht über jene Regel nicht wörtlich, aber doch wirklich ab. Indem es sagt: a.) „eine Anerkenntnißurkunde befreyt nicht von Vorlegung der ursprünglichen Rechtsurkunde," Sz. 1337., spricht es unverkennbar den Saz aus, daß eine beziehende Urkunde (welches eine Anerkenntnißurkunde in jedem Fall ist) ohne die bezogene (welche in der ursprünglichen Rechtsurkunde besteht), nichts beweise: indem er weiter hinzusezt b.) „wenn deren „Inhalt (nemlich der ursprünglichen Schrift) nicht eigends „darinn angeführt ist," gibt es eine Einschränkung jener Regel an; indem es c.) sagt, die Vorlegung des ursprünglichen Rechtstitels könne erlassen werden, wenn α) mehrere Anerkennungen (oder beziehende Urkunden) vorhanden, β) diese gleichlautend, γ) eine davon über dreyßig Jahr alt, und δ) der Besizstand (oder Zustand der Dinge) damit übereinstimmend ist, gibt das Gesez eine

zweyte Einschränkung an die Hand, welche jedoch nicht gleich der ersten allgemein gebietend, sondern vermöge des Ausdrucks: kann, dem richterlichen Ermessen untergeben ist, Erl. III. S. 249. Wie ist es aber nun mit dem Fall, wenn der Inhalt nicht, wie es oben als erforderlich bemerkt ist, eigends (specialement) aber doch dem wesentlichen Inhalt nach (selon la substance de cette obligation) angeführt ist? Hierüber gibt uns der Sz. 1338. die Auskunft; denn nachdem der vorige Saz für Anerkenntniß Urkunden die eigene Einführung der älteren Urkunde, der lezterwähnte aber für Genehmigungs Urkunden nur die Einführung nach dem wesentlichen Inhalt fordert, so entscheidet sich dadurch jene Frage dahin: eine beziehende Urkunde möge auch ohne die bezogene für beweisend da angenommen werden, wo die beziehende in der bestimmten Absicht gefertigt worden, die bezogene in ihrer Verbindlichkeit dadurch anzuerkennen, und wo sie von dieser noch jenen wesentlichen Inhalt vortrage.

Wenn übrigens in lezterwähntem Gesez noch weiter erfordert wird, daß auch die Umstößlichkeit der ersten Verbindlichkeit und die Absicht diese zu beseitigen, darinn ausgedrückt seyn müsse, so würde man sehr fehlschließen, wenn man auch das mit unter den Erfordernissen einer beziehenden Urkunde aufnehmen wollte, da es, wie der Zusammenhang des Saz 1338. und der Gegensaz mit der Verfügung im Sz. 1337. genüglich zeigt, nur ein Erforderniß für jene Gattung der beziehenden Urkunden ist, welche eine Genehmigungs Wirkung hervorbringen sollen.

Digitized by Google

142.

Vermuthung berichtigter Rechnungen.

Wer eine Rechnung vor zehen Jahren angenommen und indessen dagegen nichts erinnert hat, wider den ist die Rechtsvermuthung daß er sie geprüft richtig befunden und das daraus Gebührende empfangen habe, sagt Mevius I. Dec. 79.; ja P. III. Dec. 65. gibt er solches gar ohne diese Zeitbestimmung (allerdings etwas zu milde) an. Das Landrecht erlaubt uns eine der ersten Angabe gleiche Behauptung, und ermächtigt uns einen bestimmten Zeit-Ablauf für einen Umstand anzunehmen der die aus der Annahme allein nicht folgende Anerkenntniß herstelle, (vergl. St. 140). Daß nemlich sein Wille sey, es solle derjenige, welcher etwas empfängt, das ihm Verbindlichkeiten auflegen soll, dieses in Bälde prüfen, und zurückgeben, oder die Anstände berichtigen, dieses führen der Sz. 1985a. und A.Sz. 92 ae — ag. in verschiedener Anwendung im Munde: eben aus diesem Willen ist auch das Gesez über die kurze Fristen der Wandelgewähr geflossen, Sz. 1648. Aber in allen diesen Sázen sind verschiedene Zeiträume bestimmt, worinn dieses geschehen soll, und sie können kein allgemeines Maas für eine Länge der Vermuthungsfrist geben, zumahl sie von solchen besonderen Rechtsverhältnissen reden, die ganz kurze Fristen zulassen, was bey Urkunden und Rechnungen nicht der Fall ist. Hingegen geben uns dafür die Säze 1167a. und 475. die Rechtsähnlichkeit. Der erste sagt die Gefährdeklage werde in Zeit eines Jahrs von bekannt gewordener

Gefährde an verjährt, und spricht also mittelbar dadurch aus, daß eine Jahresfrist genug sey, um einen Nachtheil, der aus einer einzelnen mittelst der Ansicht oder erlangten Kunde hinlänglich zu beurtheilenden Handlung hervorgeht, zu widersprechen; der andere sagt: die Klage gegen den Vormund werde in zehn Jahren von der Volljährigkeit an, verjessen (welche zugleich die Zeit der RechnungsEinhändigung ist, Sz. 469.); hieraus folgt, daß das Gesez dieses für einen hinlänglichen Zeitraum achte, Rechnungen und andere verwickelte, nicht bloß aus der Ansicht nach allen ihren Folgen zu erkennende Handlungen zu prüfen, und ihnen, wo nöthig, zu widersprechen. Natürlich aber ist es, zu vermuthen, ein jeder habe das gethan, was er hat thun können und sollen. Wer also bey einzelnen Urkunden ein Jahr, bey Rechnungen zehn Jahr ungenüzt verstreichen läßt, von der Zeit an, da sie ihm eingehändigt wurden, der begeht mit diesem Stillsizen eine Handlung, woraus natürlich Kenntniß und Einwilligung vermuthet wird, vergl. Sz. 1108 h. et c.

143.

Richtige Anwendung der Rechtskraft.

Das Napoleonische Gesezbuch hat über die Schranken der Rechtskraft im Sz. 1351. ganz den nemlichen Grundsaz aufgestellt, welchen das römische Recht in L. 12—14 ff. de exc. rei judic. auch gegeben hat. Man könnte daher glauben, es sey unbedenklich in einzelnen Fällen, worüber das römische Recht entschieden hat, auch durchaus wieder die nemliche Entscheidung anzunehmen, und dieses müßte

auch der Fall seyn, wenn der römische Rechtskörper von einem einzigen Mann nach folgerichtigen Gedankenreihen entworfen worden wäre. Das ist er aber nicht, und darum findet auch jene Folge nicht statt. Einige Beyspiele mögen zur Warnung dienen: 1.) Nach L. 11 pr. de exc. rei jud. hatte eine Mutter um zur Erbschaft ihres verstorbenen Kinds zu gelangen, gegen die Eröffnung einer Verordnung des Vaters über dessen Verlassenschaft, Einsprache gemacht, weil gemuthmaßt wurde, daß sie eine AfterErbsezung für das Kind enthalten möchte, und sie hatte dasselbe aus irgend einem Grund als ungültig anzufechten gesucht, sie war aber mit dieser Behauptung und ihrer darauf gegründeten Erbansprache abgewiesen worden. Nach Eröffnung des lezten Willens fand sich, daß keine AfterErbsezung darinn war, und die Mutter erhob nun von neuem ErbAnsprache, ward aber abgewiesen, weil ihr die Rechtskraft der vorigen Urtheil entgegenstehe. Ebenso hatte 2.) nach L. 30. pr. ff. ibid. ein gesezlicher Erbe, der durch Testament nur zum sechsten Theil berufen war, mit Anfechtung des Testaments an einen andern eingesezten Erben die halbe Erbschaft verlangt, war wegen anerkannter Gültigkeit des lezten Willens abgewiesen worden, stellte aber nachher aus dem lezten Willen die Erbzueignungsklage (haereditatis petitionem) an, ward damit jedoch nicht zugelassen, weil ihm die Rechtskraft jener Abweisung entgegenstehe. Gemäß diesen Beyspielen ward 3.) von dem hannövrischen OberappellationsGericht in einem Fall, wo ein Bruder von seiner Schwester, welche die elterliche Erbschaft bis auf den Pflichttheil des Bruders inne hatte, und sie aus einem lezten Willen besaß, (von dem aber die Urkunde nicht mehr, sondern

nur die hinlängliche Kundschaft des Daseyns vorhanden war,) die Herausgabe seines ganzen ErbAntheils verlangte, in der Meynung daß auf ein nicht mehr vorhandenes Testament vom Richter nicht gesprochen werden könne, damit aber abgewiesen worden war, und nun aus einem andern erheblichen Grund die Gültigkeit des Testaments anfocht, und damit diese Erbschaft ansprechen wollte, das Gesuch wegen in Mitte liegender Rechtskraft der vorigen Urthel abgewiesen, Puffendorf T. III. Obs. 66. Mit diesen Entscheidungen schien folgender neuer Fall ganz rechtsähnlich. Kunz hatte seiner Frau in der Eheberedung auf den Fall seines kinderlosen Ablebens sein halbes Vermögen vermacht. In einem späteren lezten Willen vermachte er ihr, ohne weiter jenes Vermächtnisses zu erwähnen, seine ganze Verlassenschaft. Diese nahm die Frau gegen die gesezliche Erben des Mannes in Ansprache, ward aber wegen einer entdeckten Ungültigkeit der Form des lezten Willens abgewiesen. Nachdem die Frau diese Abweisung in Rechtskraft hatte übergehen lassen, stellte sie eine neue Klage auf Herausgabe der halben Verlassenschaft aus dem Ehevertrag an: die gesezlichen Erben hingegen verlangten wegen der Rechtskraft jener ersten Abweisung sich stüzend auf obige Beyspiele, deren Verwerfung. Man hielt jedoch nicht dafür, daß sie statt finde. Jene einzelne Entscheidungen des römischen Rechts können uns weder als Grundsäze dienen, noch als Rechtsähnlichkeit weiter in Betracht kommen, als sie folgerichtig aus dem Hauptsaz ausgehen, den das Napoleonische Recht sich eigen gemacht hat. Dieser fordert zur Statthaftigkeit der Einrede der Rechtskraft viererley: a.) daß der Gegenstand der Klage überall der gleiche sey, (identitas objecti physica); b.) daß die Klage auf dem-

selben Grund beruhe, (identitas objecti juridica); c.) daß der Prozeß unter denselben Personen geführt werde, (identitas personarum physica); auch d.) für und wider sie in gleicher Eigenschaft statt habe, (identitas personarum juridica). Bey den zwey lezteren Gleichheiten war im vorliegenden Fall kein Bedenken. Gegen die ersten wollte auch die Erinnerung nichts sagen, als ob da jezt nur die halbe Erbschaft gefordert werde, statt vorhin der Ganzen, nicht mehr überall der gleiche Gegenstand der Klage vorhanden sey: was die Römer darüber urtheilten, nemlich daß in dem Mehreren das Mindere, in dem Ganzen der Theil enthalten sey, ist noch jezt Urtheil des gesunden Menschenverstandes. Aber zu b.) daß der gleiche Klaggrund hier darum vorhanden sey, weil beedemahl die Ansprache aus einem Willen des Mannes ausgehe, wodurch die gesezliche Erbfolge geändert sey, dieses war nicht anzunehmen. Wenn es angienge, daß man so weit gezogen den Begriff der Gleichheit des Klaggrunds nehmen könnte, so wären endlich alle Sachen gleich, und durchaus überflüssig wäre die Anweisung des Gesezes auf die Gleichheit des Klaggrunds zu sehen, denn alle Dinge in der Welt lassen sich endlich unter einen obersten Begriff zusammenreihen, wie dann namentlich alle Klaggründe darinn einander gleich sind, daß sie aus dem Gesez (mittelbar oder unmittelbar) ausgehen, und ohne Gesez nicht bestehen, Erl. I. S. 65. Kann also diese oberste Gleichheit nicht gemeynt seyn, und ist irgend eine mittlere, als im Blick des Gesezes liegend nicht bezeichnet, so muß man bey der nächsten und völligen stehen bleiben, die ohnehin nach dem gemeinen Redegebrauch darunter verstanden wird, d. h. bey einer solchen, wo alle ein-

Digitized by Google

schlagende wesentliche Umstände die Nemlichen sind. Eine solche aber ist da offenbar nicht vorhanden, wo das Einemahl die Erbschaft aus einer und das anderemahl aus einer ganz andern WillensErklärung gefordert ward, die nicht nur, was schon genug gewesen wäre, durch Zeit und Umstände verschieden sind, sondern die sogar, wie hier, aus zwey ganz verschiedenartigen Rechtsgeschäften ausgiengen, nemlich das erstemahl aus einer Schenkung von Todeswegen, und das andremahl aus einer Schenkung unter Lebendey. Ebendeswegen würden wir auch in dem zweyten der oben als rechtsähnlich angezogenen Fälle, der allein wahre Aehnlichkeit hat, die römische Entscheidung nicht haben geben können, wie dann eben deswegen, der Verfasser des L. 30. cit. im Gefühl, daß seine vermeyntliche folgerichtige Entscheidung hart sey, dazu sezte: ex causa tamen succurrendum ei, qui unam tantum egit causam rapti testamenti. In eben diesen Worten liegt der Schlüssel zu richtiger Beurtheilung der Gleichheit. So oft die neue Klage, eine eigene vor sich entstandene Berechtigung ist, die einen neuen Anspruch gibt, Mevius III. Dec. 307., nicht bloß zu Widerlegung eines Grunds dient, der der alten Klage im Wege stand, so oft kann die Rechtskraft der vorigen Urthel der neuen nicht im Weg stehen. Wo aber die jüngere Klage die Nemliche ist, wie die ältere, und nur ein neuer Grund zu Beseitigung des ihm im Weg gestandenen vorgebracht wird, dann wird mit Recht auf die Rechtskraft sich berufen, weil der gleiche Klaggrund bleibt, und nur Einreden oder GegenEinreden neu vorgebracht werden, die im ersten Verfahren hätten vorgebracht werden können und sollen, durch dessen Unterlassung aber versäumt

Digitized by Google

sind. Dieses war der Fall im Ersten und Dritten der obigen römischen Beyspiele, die sonst gemeiniglich als rechtsähnlich mit dem Zweyten angegeben werden: dort war jedesmahl die Erbzueignungsklage aus dem Gesez angestellt, und nur die Einrede eines lezten Willens ward durch die Gegenrede der Ungültigkeit aus verschiedenen Gründen zu beseitigen gesucht.

144.

Bildung gesezlicher und richterlicher Vermuthungen.

So oft ein Gesez aus gewissen Umständen eine Folge zieht, welche es für muthmaslich, d. h. für richtig so lang bis das Gegentheil bewiesen wird, annimmt, so erklärt es damit folgeweise, daß jene Umstände einen richtigen Grund enthalten, diese Folge daraus zu ziehen. Damit berechtigt es den Richter aus ähnlichen Umständen eine ähnliche Folge zu ziehen; denn diese Berechtigung ist das Wesen der Rechtsähnlichkeit, Sz. 4 a. Eben darum ist aber diese rechtsähnliche Anwendung, die der Richter davon macht, eben so gewiß in dem Gesez gegründet, als jene die namentlich darinn geschrieben ist, sie ist selbst eine gesezliche, Sz. 1350., keine bloß richterliche; sie wälzt den Beweis über auf den andern Theil, Sz. 1352., anstatt daß wenn sie lezteres wäre, sie dem für welchen sie streitet, nur für ein Stück eines unvollkommnen Beweises dienen könnte. Ganz ein anderes wäre es hingegen, wo aus den gedenkbaren Gründen eines Gesezes sich entnehmen läßt, das Gesez

Digitized by Google

billige die Ableitung gewisser Folgen aus gewissen Thatsachen ohne daß es jedoch selbst eine solche Anwendung ausgesprochen hat, hier ist eine solche Folgerung keine gesezliche Vermuthung, sondern nur eine richterliche, aber immer einer von der stärkeren Art, weil zu der natürlichen Folgerichtigkeit — die immer für jede richterliche Muthmaßung vorausgesezt werden muß, und ohne die der Richter keine zum Grund legen darf, Sz. 1352. — noch die gesezliche mittelbare Anerkennung hinzukommt.

145.

Schriftliche außergerichtliche Geständnisse.

Man hat geglaubt, die Aeußerung, daß außergerichtliche Geständnisse nur Vermuthungen, keinen vollen Beweis machen, in meinen Erl. III. S. 261. — wenn sie gleich dem alten Recht gleich lautet, Leyser CCCCLXXIII. Med. 1. et 2., wenigstens so lang nicht ein Geständniß wiederhohlt oder vom Gegentheil angenommen ist, Carpzov II. Const. 16. Def. 21. — sey zu allgemein, und in so fern sie schriftliche mit unter sich begreift, unrichtig, weil Sz. 1354. außergerichtliche so gut als gerichtliche Geständnisse zulasse, und hiervon Sz. 1355. nur die mündlichen Geständnisse unter gewissen Umständen ausnehme. Allein man merke nur darauf, daß zu jener oben angezogenen Aeußerung in den Erläuterungen auch die Einschränkung gehört, welche erinnert, anerkennende öffentliche oder Privat Urkunden nicht mit bloßen Geständnissen

Digitized by Google

zu verwechseln. Jede VertragsVerbindlichkeit in unserem Recht ist Folge eines Willensvertrags, Erl. III. S. 7., die einzige Wechselverbindlichkeit gewissermaßen ausgenommen, Erl. IV. S. 451. Also ist jeder schriftliche Aufsaz eines Vertrags, so fern er als Angabe dritter Personen erscheint, z. B. eine Staatsschreibereyurkunde, Zeugniß, oder so weit er auf der Unterschrift der Partheien beruht, Geständniß der zu Stand kommenden Verbindlichkeit. Man muß demnach folgende Arten der schriftlichen Geständnisse unterscheiden: a.) solche, die gleich bey der Entstehung des Vertrags zu dessen Beurkundung niedergeschrieben worden sind — bezeugende Urkunden; b.) solche die in einer späteren Zeit zu gleichem Zweck niedergeschrieben werden — anerkennende Urkunden; c.) solche die nicht zum Behuf der Beurkundung für die Zukunft, sondern aus irgend einem andern Anlaß gelegentlich niedergeschrieben werden — urkundliche Geständnisse. Von den ersten beeden Arten, die ihren eigenen Namen als Urkunden, und unter diesem im Gesezbuch ihre eigene Vorschrift haben, kann im Kapitel von den Geständnissen keine Rede seyn. Für dieses bleibt nur die dritte Art übrig. Bey dieser läßt sich nun ein dreyfacher Anlaß des Bekenntnisses und seiner Niederschreibung gedenken, α) der Fall einer der Obrigkeit zu gebenden Rede und Antwort — dieser kommt hier, wo nur von außergerichtlichen Geständnissen die Rede ist, nicht in Betracht; β) der Fall eines Briefwechsels: wird dieser wegen einem Rechtsgeschäft eigends geführt, so gehört er unter die Gattungen der Urkunden, Erl. III. S. 242., und also abermals nicht hieher, kam aber in einem vertraulichen Briefwechsel zufällig Meldung

Digitized by Google

eines Rechtsgeschäfts vor, so könnte eine solche ZwischenErzählung nach Saz 1320. zu mehr nicht als zur Einleitung eines Schriftbeweises dienen, folglich nur eine richterliche RechtsVermuthung begründen. Wäre endlich γ) das schriftliche außergerichtliche Geständniß aus Hausaufzeichnungen entlehnt, (welches der dritte gedenkbare Fall ist), so können diese nach Saz 1331. ebenfalls als gültige Urkunden folglich als volle Beweise nur da angenommen werden, wo sie den ausgedruckten Inhalt und Zweck einer Beurkundung aussprechen, mithin mehr als bloße Geständnisse sind; außer diesem Fall dienen sie ebenfalls nur zur schriftlichen Beweis-Einleitung, Sz. 1347. Hierdurch zeigt sich zur Genüge, daß allen schriftlichen außergerichtlichen Geständnissen unter der Warnung sie nicht mit Urkunden zu verwechseln, mit Grund nur Muthmaßlichkeit zur Folge gegeben ward.

146.

Mündliche außergerichtliche Geständnisse.

Der Bemerkung 241., welche in den Erl. III. S. 261. zu lesen ist, wurde in Bezug auf mündliche Geständnisse vorgeworfen, als ob sie zu allgemein behaupte, daß jene nicht ohne Zusammenstimmung mit andern unvollkommenen Beweismitteln zum vollen Beweis dienen. Der Saz 1355., zu welchem jene Bemerkung gemacht wurde, sagt: „man „beruft sich umsonst auf ein außergerichtliches mündliches „Geständniß wider eine Forderung zu deren Begründung „kein Zeugenbeweis zulässig wäre." Er sagt dieses darum, weil mündliche Geständnisse niemals anders als durch

Zeugen bewiesen werden können, mithin deren Zulassung allemahl mittelbar eine Einschwärzung eines Zeugenbeweises bey solchen Sachen befördern würde, wo dieser untersagt ist. Daraus soll — so wurde geäußert — mittelst des Gegensazes folgen, in allen Sachen, wo Zeugenbeweis zulässig ist, müsse auch mündliches außergerichtliches Geständniß, das einmahl im Saz 1354. allgemein zugelassen ist, Beweis machen. Beweis machen muß es allerdings wohl in dem Sinn, daß es zulässig ist, daß man sich nicht umsonst darauf beruft; so viel folgt richtig aus dem Gegensaz; aber daß es vollen Beweis mache, daß man sich allein darauf berufen könne, das liegt nicht im Gegensaz, es liegt auch nicht im Sz. 1354., der nur sagt, daß es außergerichtliche Geständnisse in der Reihe der Beweismittel gebe. Hingegen sagt Sz. 1356. vom gerichtlichen Geständniß: „es beweist vollständig wider den, der es ablegt," dadurch, daß das Gesez, nachdem es zuvor die Geständnisse in gerichtliche und außergerichtliche abgetheilt hatte, nun jenen Saz nur von der Abtheilung der gerichtlichen ausspricht, erklärt es deutlich genug, daß es ihn nicht von der ganzen Gattung, und folglich nicht von der Andern der zwey Unterabtheilungen, den außergerichtlichen Geständnissen nemlich, verstanden wissen will. Sollen sie aber keinen vollen Beweis machen, so heißt das in unserem Recht ebenso viel gesagt, als sie gelten für richterliche Vermuthung, wobey der Einsicht und Klugheit des Richters überlassen bleibt, wie viel mehr oder weniger Glauben darauf zu bauen sey, Sz. 1353. Dieses war auch die alte Lehre, wovon man jedoch vorhin zwey Ausnahmen machte. Die Eine bey wiederholten Geständnissen: diese Ausnahme könnte bey uns nicht

statt finden, da auch die Wiederhohlung, wenn nicht andere Vermuthungen hinzutreten, z. B. ein richtiger Besizstand, den Mangel der Darstellung des ursprünglichen Rechtstitels nicht ersezen, Sz. 1337., mithin die Wiederhohlung zwar wohl eine Verstärkung der Vermuthung wirkt, aber sie noch nicht in den Rang der vollen Beweise sezt. Die andere Ausnahme machte man da, wo der Gegner das Geständniß angenommen hat, woraus eine Unwiderruflichkeit abgeleitet wurde, Mynsinger IV. 5. Allein geschah ein solches angenommenes Geständniß mit bestimmter Erwähnung aller zu Festsezung einer Verbindlichkeit nöthigen Erfordernisse, besonders auch mit der zu einem Rechtsgeschäft gehörigen Bestimmtheit und mit Angabe der Vertragsursache, so beweist es darum voll, weil dessen Beweis zugleich die Beurkundung einer nochmals eingegangenen Verbindlichkeit ist, Hommel Rhaps. Obs. 217., mithin kommt ihm hier nicht eigentlich als Geständniß jene Wirkung zu. Geschah es aber ohne jene erforderliche Bestimmungen, so bleibt es etwas Beziehendes ohne sein Bezogenes, welches nicht vollgültig beweiset; so weit es daher als bloßes Geständniß, d. h. ohne hinzukommende Beurkundung der VerbindlichkeitsEntstehung, auf welche sich das Geständniß bezog, wirken soll, kann es nur für einen nach Umständen mehr oder minder starken VermuthungsGrund angenommen werden.

---

147. Von

147.

Von der VertragsUrsache bey Geständnissen.

In dem vorigen Stück wurde im Vorbeygehen von der Nothwendigkeit der Rechtsursache bey Geständnissen gesprochen. Die Erinnerung an die alte Lehre, daß gerichtliche Geständnisse keiner Rechts- oder Vertragsursache bedürften, Carpzov I. Const. 17. Def. 40., leitet zu der Frage: was davon nach Napoleonischem Recht zu halten sey? Hier unterscheide man die Rechtsursache eines Geständnisses, von der Rechtsursache des dadurch bewiesenen Vertrags, die gar häufig verwechselt werden. Von der Vertrags- oder Rechts-Ursache eines Geständnisses konnte ehemals eine Frage werden, wo man größtentheils dessen Annahme verlangte, ehe es unwiderruflich, mithin von sicherer Wirkung zu seyn geachtet ward, Mynsinger IV. Obs. 5., Carpzov I. Const. 16. Def. 21.; Wernher X. Obs. 266.; (wovon jedoch damals schon manche abwichen, Hommel Obs. 217.) oder wo man doch die Gegenwart des Gegners bey dem Vorgang des Bekenntnisses forderte, womit also dessen Kraft von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft abgeleitet ward. Unser Gesez fordert weder Eines noch das Andere, es baut die Kraft des Geständnisses nicht auf Uebereinkunft, sondern auf die natürliche Pflicht jedes Menschen Wahrheit zu reden, und auf die Vermuthung, daß jeder seinen Pflichten, auch den natürlichen oder Gewissenspflichten, gemäß handle, woraus es den Grund entlehnt, den Geständnissen eine Vermuthungs-

Kraft beyzulegen, Sz. 1350., und zwar den gerichtlichen, eine gesezlich belehrende, Sz. 1352., den außergerichtlichen eine richterliche, (St. 146). In dieser Lage kann es nie einer Vertragsursache bedürfen, so wie es ebendeswegen auch keiner Mitwirkung des Geschlechtsbeistands für Frauenspersonen bedarf. Aber wo ein Vertrag durch das Geständniß bewiesen werden soll, da muß dieses allerdings dessen Vertragsursache in allen jenen Fällen angeben, wo auch eine schriftliche Urkunde sie enthalten müßte, wirkt jedoch auch ohne sie alles das, was eine Urkunde mit gleicher Verschweigung auch wirken würde, da die Verschiedenheit des gewählten Beweismittels niemals die Natur des Beweissazes ändern kann, so wie auch bey einer Frauensperson die Beywirkung ihres Beystands zum Vertrag daraus würde hervorgehen oder anderwärtsher bewiesen werden müssen.

148.

Wirkung bejahender Einlassung auf Klagen.

Ein HauptEinfluß, welchen die Napoleonische Gesezgebung auf die Rechtsverhältnisse der Klagbeantwortungen hat, und welcher leicht übersehen wird, verdient ebendarum hier eine eigene Betrachtung. Die in deutschen Gerichten übliche Regel lautete dahin: wem der Gegentheil den Klaggrund — oder bestimmter zu reden die Thatsachen der Klage, einräumt, der hat nichts zu beweisen, der Beklagte nur muß alsdann die seiner Einlassung angehängte Einreden zu beweisen angehalten werden. Richtig ausgedruckt war die

Digitized by Google

erste Hälfte dieses Sazes nicht, denn sie hätte sagen sollen, wem der Beklagte die Thatsachen der Klage einräumt, der findet den Beweis seiner Klage in dem hierdurch abgelegten gerichtlichen Geständniß seines Gegners. So wenigstens muß dieser Saz jezt lauten, wenn man gehörig achtet, theils auf die Allgemeinheit der Auflage im Saz 1315. die Verbindlichkeit aus welcher man ausgeht zu beweisen, theils auf die Natur des Saz. 1316., der jedes Geständniß als Beweismittel, nicht als Mittel den Andern seiner Beweispflicht zu entladen, betrachtet. Wegen der ehemals bestandenen Theilbarkeit der Geständnisse, und wegen der damals allgemein ausgesprochenen Regel, daß jeder Beklagter von jeder Einrede die begründende Thatsachen erweisen müsse, war es jedoch zu jener Zeit einerley, ob man die eine oder die andere Ausdrucksform wählte. Jezt aber durch die eingeführte Untheilbarkeit der Geständnisse, Sz. 1356., hört es auf gleichgültig zu seyn, zumahl nachdem diese Verordnung des Code Napoleon für Baden namentlich deswegen erwünschlich gefunden und beybehalten worden ist, um damit für gewisse Fälle den Beklagten der Nothwendigkeit des eigenen Beweises seiner Einreden zu entheben, Erl. III. S. 261. Von großer Wichtigkeit ist es daher, diese Fälle richtig einzusehen. Jeder Klage liegt eine allgemeine oder besondere Verbindlichkeit des Beklagten zum Grund, die erste bey Sachklagen, wo sie aus der allgemeinen Gesellschaftspflicht den Andern nicht in dem Seinigen zu kränken ausgeht, die zweyte bey persönlichen Klagen, wo allemahl Handlungen oder Unterlassungen des Gegners oder seines Rechtsvorfahren das Band der Verpflichtung knüpfen. Die Thatsachen dieser Verbindlichkeit machen allemahl ein eigent-

Digitized by Google

liches Rechtsverhältniß im ersteren Fall, oder ein Rechtsgeschäft, (Rechtsverhältniß im weiteren Sinn) im zweiten Fall aus. Der Beklagte kann nun seine Schuzwehr gegen die aus diesem Rechtsverhältniß oder Rechtsgeschäft gezogene Rechtsfolgen suchen, entweder in Umständen, die als natürliche Zugehörden oder Ausflüsse desselben theils ihm gleichzeitig vorhanden waren, theils ihm nachfolgten, oder in solchen, die zu ihm gar nicht oder nur zufällig gehören, die aber dennoch eine aus jenem Geschäft fließende Verbindlichkeit anders bestimmen, sie theilweise oder gänzlich aufheben. Beede Gattungen der Schuzwehren sind Einreden, aber Einreden von verschiedener Art. Die Ersterwähnten sind natürliche, die bestimmungsmäßig jedem gehörig vollendeten Rechtsgeschäft entgegenstehen müssen, und die nur alsdann davon getrennt seyn, mithin einer Klage nicht im Weg stehen mögen, wenn das Geschäft noch nicht bestimmungsmäßig vollendet ist. Die Thatsachen für diese Gattung der Einreden machen eben darum einen ergänzenden Theil des Rechtsgeschäfts oder des Rechtsverhältnisses selbst aus, und derjenige, der ein solches vorträgt, ohne dieser Thatsachen zu erwähnen, wenn sie doch wirklich vorhanden waren, trägt das Rechtsverhältniß verstümmelt vor, macht sich einer Verschweigung und Erschleichung schuldig. Dahin gehört z. B. die geschehene Lieferung der gekauften Sache, oder die geschehene Bezahlung des Kaufpreises, wenn von einem Kaufgeschäft die Rede ist. Wenn nachmahls der Beklagte den Vortrag des Klägers, z. B. das Kaufgeschäft einräumt, jedoch mit dem Bemerken, daß dazu auch noch jene vom Gegentheil verschwiegene Umstände gehören, damit das vorgetragene Rechtsverhältniß,

Digitized by Google

so wie es wahrhaft vorhanden ist, eingesehen werden könne, so macht diese nähere Bestimmung mit dem Geständniß selbst ein untrennbares Ganzes aus, und man kann nicht zu des Beklagten Nachtheil einen Theil des Geständnisses von dem andern trennen. Hat etwa auch der Beklagte nach altdeutscher Weise die bejahende Einlassung in einem eignen Abschnitt und die bestimmende Umstände in verändertem Gewand, z. B. als Einrede der unterbliebenen Lieferung oder ausstehenden Zahlung, und in einem späteren Abschnitt der Klagbeantwortung vorgetragen, diese örtliche und willkührliche Trennung und Umkleidung der Darstellung, die aus alter Gewohnheit leicht einem Federführer entschlüpfen kann, ändert darum die Natur der Sache nicht, und die KlagErzählung hört darum nicht auf mit diesen nachgetragenen Umständen ein gesezmäßiges Ganzes auszumachen, und das auf sie Bezug habende umwundene Geständniß verliert dadurch seine Umwindung mit den nachgetragenen Umständen der Hauptthatsache, und deren rechtliche Untrennbarkeit in keine Wege. Dahin gehören alle Einreden, die aus der gleichzeitigen Beschaffenheit der Vertragspersonen, der Vertragssache, der VertragsUrsache und der Einwilligung oder aus der nachgefolgten Erfüllung oder NichtErfüllung der eingeklagten Verbindlichkeiten ausgehen. Bey allen diesen, wenn der Beklagte sich bejahend eingelassen, und solche Einreden angehängt hätte, darf jezt der Richter nicht mehr, wie er es ehemals gedurft hätte, den Kläger im BeweisUrthel mit einer BeweisAuflage verschonen, und dem Beklagten dagegen gerade zu den Beweis jener Einreden auflegen, sondern er muß, so gut als wenn die Einlassung verneinend erfolgt wäre, dem Kläger den

Digitized by Google

Grund seiner Klage und den Beklagten auf solchen Fall den Grund seiner Einrede zu beweisen auflegen, sofort abwarten ob in der Beweisfrist der Kläger seinen Beweis aus dem in der bejahenden Einlassung liegenden Geständniß schöpft oder nicht. Thut er Ersteres, so ist nachmals der Beklagte dadurch des Beweises jener Einreden enthoben, weil diese als ergänzender Theil jenes Geständnisses mit für wahr angenommen werden müssen, nach Sz. 1357., wogegen ihn auch keine der Einlassung angehängte Rechtsverwahrung schüzen möchte, Sz. 1108 c., und den Kläger bleibt für diesen Fall, wenn er nicht den Sieg verlieren will, nichts übrig, als selbst den Gegenbeweis dieser folgweise mit eingestandenen Einreden zu übernehmen, welchen Gegenbeweis das Geständniß so wenig ausschließt, als irgend ein anderes Beweismittel (außer dem Eid Sz. 1363). Macht sich aber der Kläger jenes Geständniß zum Beweis nicht zu nuz, sondern entnimmt seinen Beweis wo anders her, dann erst bleibt es bey der alten Regel, daß der Beklagte nun auch eigends den Beweis seiner Einrede führen müsse. Hingegen durchaus bey diesem alten Gang bleiben jene Fälle, wo die Einreden aus einem von dem eingeklagten Rechtsverhältniß ganz verschiedenen, bestimmungsmäßig dazu nicht gehörigen, nur durch ein zufälliges Zusammentreffen mit ihm zur Einrede sich vereigenschaftenden Thatsachen ausgehen. Dahin gehört die Einreden des Untergangs der Vertragssache, der Rechtswandlung, der Erlassung, der Wettschlagung, der Rechtsvermischung, der Verschuldung, der Ersitzung u. dgl. Bey solchen hat ihre Thatsache platthin keine Einheit mit der Thatsache der Klage. Sie mag daher verflochten in den Vortrag der Einlassung oder

in einem eigenen EinredenAbschnitt vorgetragen seyn, so bleibt sie allemahl eine zufällige Einrede, deren Hinzufügung kein Ganzes zu dem Klaggrund bildet, deren Läugnung ab Seiten des Klägers daher auch keine ordnungswidrige Theilung des in der bejahenden Einlassung liegenden Geständnisses ist, daher dieses ihrer unangesehen für unumwunden gilt, dem Kläger auf allen Fall zu Nuz kommt, den Beklagten unmittelbar zum Beweis seiner Einreden verbunden läßt, und daher an der bisherigen Einrichtung der Beweisurtheile für solche Fälle nichts ändert.

149.

Eideszuschiebung über eigenes Wissen.

Ich habe anderwärts gesagt, daß unter eigenen Handlungen im Sz. 1359., auch jene mit zu verstehen seyen, welche in Gegenwart dessen, dem der Eid zugeschoben wird, vorgegangen sind, wenn er schon nicht mitgewirkt hat, Erl. III. S. 266. Diese Behauptung bedarf einer nähern Beschränkung um nicht mißverstanden zu werden. Nemlich entweder ist ein Fall vorhanden, wo das Wissen des Andern eigene Verbindlichkeiten für ihn erzeugt, oder es ist ein solcher wo das bloße Wissen für ihn keine Verpflichtungen hervorbrächte. Nur von Ersterem ist meine dortige Behauptung zu verstehen, denn nur in diesem Fall, wo das Wissen eine Verbindlichkeit erzeugt, also eigene rechtliche Folgen hervorbringt, kann es eine eigene Handlung genannt werden, auf welche Saz 1359. die Eideszuschiebungen begrenzt; nur da kann mit Gerechtigkeit gefordert werden,

daß jemand sein Wissen oder seine Unwissenheit beschwöre, wo es zum Grund einer Verbindlichkeit dienen, also zum Beweis ausgesezt werden kann, z. B. wo es Verbindlichkeiten des Erblassers betrifft, oder Handlungen, wo Wissen und Geschehenlassen für einwilligen und mitwirken gilt, wie solches die Badische EidesOrdn. §. 10. bestimmt sagt. Wo hingegen dies nicht ist, da kann die bloße Möglichkeit des Wissens fremder Handlungen niemals wirken, daß der Richter sie für eigene Handlungen des Andern achte, und darüber den Eid zulasse, Wernher I. Obs. 214. Dieses bestätigt der Saz 1362.; indem er das Zurückschieben darauf aussezt, wenn die That beeden gemeinschaftlich und nicht allein dessen ist, dem der Eid zurückgeschoben wird, welches offenbar der Fall ausschließt, wo bloß das Wissen von dem Daseyn der That, nicht die That selbst gemeinschaftlich ist.

150.

Eid wegen übertragener Forderungen.

Wegen übertragener Forderungen ließ man vorhin nicht den Inhaber derselben oder den Rechtsnehmer (cessionarius) zum Eid, sondern allein den Rechtsgeber (cedens) sobald der Schuldner es verlangte, Wernher I. Obs. 338., Berger Dec. Jur. L. 4. T. 25. Th. IV. Nro. 3., selbst alsdann nicht, wenn der Rechtsnehmer MitErbe des Rechtsgebers war, Berger El. D. For. XVIII. Obs. 4. Nro. 5. Hingegen gestattete man dem Schuldner keineswegs zu verlangen, daß beede schwören, Hommel Obs. 112. Für

Baden würden jezt folgende Fälle zu unterscheiden seyn: 1.) Wenn eine Thatsache in Frage ist, die keinem von beeden, weder dem Rechtsnehmer noch dem Rechtsgeber eigen ist, (St. 149.) so findet keine Eideszuschiebung statt, Saz 1359.; 2.) wenn die Thatsache allein dem Rechtsnehmer eigen ist, oder 3.) allein dem Rechtsgeber, so kann auch nur diesen der Eid zugeschoben werden, jedoch mit dem Unterschied, daß wenn der Rechtsgeber ohnedieß im Streit ist, z. B. durch eine Beyladung, ihm die Zuschiebung geradezu geschehen kann, dahingegen 4.) wenn er nicht mit im Streit ist, muß sie dem Rechtsnehmer mit dem Ansinnen geschehen, ihn durch den Rechtsgeber als seinen EidesGewaltträger und zwar 5.) in beeder Seele leisten zu lassen, so wie nemlich beede ihn leisten können, das heißt der Rechtsgeber stets als wahr, der Rechtsnehmer, sobald er dieses nicht weiß, nur über seine Unwissenheit. Daß auf diese Art der Eid zugeschoben werden könne, dieses folgt klar aus der Bad. EidesOrdn. §. 35., daß er aber auch in dem unterstellten Fall so zugeschoben werden müsse, folgt aus dem §. 7. derselben, und aus obigem Sz. 1359., denn indem diese jeden GlaublichkeitsEid verbannen, mithin unter dieser Form keine Eideszuschiebung an den Rechtsnehmer geschehen kann, und dennoch dem Rechtsgeber so lang er nicht zum Streit zugezogen ist, ein HauptEid nicht zugeschoben werden kann, so ist jene Form der einzige gesezmäßige Weg in die Eidesverbindlichkeit ihn einzuziehen. Das Nemliche ist umgekehrt von der Zurückschiebung an sie zu sagen.

Digitized by Google

151.

Zurücknahme eines zugeschobenen Eides.

Die Meynung einiger Rechtslehrer, als könne ein zugeschobener Eid zurückgenommen werden, um zu andern Beweismitteln zu greifen, Leyser CXXXVIII. 1 et 2., ist im Napoleonischen Recht verworfen, Sz. 1364., wie sie es auch vorhin schon in manchen deutschen Landen war, Struben V. Bd. 89. Inzwischen in diesen machte man eine Ausnahme für den Fall, wo erst nach der Zuschiebung sich Umstände hervorthaten, welche Meineids-Verdacht erregten, und gründete sie darauf, daß durch das bloße Stillschweigen der Gesetze, eine Lehre nicht verworfen sey, welche in der gesunden Vernunft ihren Grund hat. Mit dieser Unterlage würde man in unserer jetzigen Rechtsverfassung nicht weit auslangen, denn sie kann nur bey Sätzen gelten, welche die gesunde Vernunft als **nothwendig** gebietet: aber nicht auf solche, die ihrer unbeschadet auch anders bestimmt seyn können; für diese muß es bey der Regel bleiben, das Gesez will eine Bestimmung nicht, die es nicht ausspricht, so lang sie nicht aus irgend einem allgemeinen Satz begründet werden kann, Sz. 66. Aber eben diese Begründung findet sich hier. Wer einem Andern etwas in das Gewissen schiebt, sezt voraus daß dieser Eins habe, denn darauf allein beruht Daseyn und Bestand eines Eides. Findet sich nun hintennach, daß jenes nicht so sich verhalte, sondern der Andere ein gewissenloser Mann sey — wohin man aber denjenigen der eine andere äußere Religion, allenfalls auch gar keine hat, darum allein noch nicht rechnen kann, da

die Verbindung des Gewissens bey ihm nur unter veränderten Formeln noch immer zu Stand kommen kann — so ist dieses die Entdeckung eines Irrthums, der die Eigenschaft des Vertrags betrifft, und daher jede WillensErklärung umstößlich macht, Saz 1110.

152.

Zurückschiebung eines angenommenen Haupteides.

Die Frage: ob ein Beweisführer seine Eideszuschiebung, die der Gegner angenommen hat, zurücknehmen könne? ist im Code Napoleon durch Sz. 1364. dahin entschieden, daß ihm dieses nicht zustehe; eine Ausnahme hiervon findet statt, wenn er beweisen kann und will, daß der Andere falsch schwören werde, als welches nach Saz 1363. vor der Abschwörung unverboten ist, (St. 151.) Aber das Gegenstück dieser Frage, ob der Beweisgegner, welcher den ihm zugeschobenen Eid angenommen hat, dieses Wort zurücknehmen, und den Eid noch zurückschieben könne, ist nicht so bestimmt erörtert. Vorhin wurden verschiedene Meinungen daüber aufgestellt, obwohl die bejahende die beliebtere war, Cannengieser XI. Dec. 301. Nach unserem Gesez verdient die bejahende Meynung nicht ferner befolgt zu werden: sondern die Zurückziehung der Annahme ist unstatthaft, denn a.) der Eid wird zu Entscheidung der Sache zugeschoben, Sz. 1357. Abs. 1, diese Zuschiebung macht den Gegentheil unter der doppelten wahlweisen aufschiebenden Bedingung sachfällig, wenn er nicht schwört

oder zurückschiebt, Sz. 1361.; jede Wahlverbindlichkeit geht in eine einfache über, sobald gewählt ist; und das Nichterwählte hört nachmals auf ferner in der Befugniß des Einen, und in der Verbindlichkeit des Andern zu liegen, Erl. III. S. 144.: folglich fällt durch die Annahme des zugeschobenen Eids das Recht zur Zurückschiebung weg, und es bleibt dem Annehmenden keine andere Wahl als zu schwören oder sachfällig zu werden, zumahl b.) da in Vertragssachen im Zweifel die Rechte beeder Theile gleich sind, folglich nachdem der Saz 1364. gesagt hat, der Beweisführer könne seine Zuschiebung nicht zurücknehmen, auch diesem gemäß umgekehrt es billig ist, daß der Beweisgegner die Annahme der Zuschiebung nicht zurücknehmen dürfe. Stünde jedoch lezterer Grund allein, so würde es sehr gewichtvoll seyn, wenn dagegen gesagt wird, es seye ein merklicher Unterschied zwischen der Zurückziehung der Eideszuschiebung, und jener der EidesAnnahme: dort will der Zurückziehende dafür andere Beweise einschieben, welche allemahl für seinen Gegner minder vortheilhaft sind, als das Recht durch Ablegung des Eides Richter in eigner Sache zu werden, und diese vertragswidrige Absicht die erlangte Rechte des Andern zu schmälern, muß verworfen werden; aber hier bey der Zurückziehung der EidesAnnahme entsagt bloß der Zurückziehende dem erlangten Vortheil Richter in eigener Sache durch Ablegung des Eides zu werden, und räumt ihm dem Gegner ein, verbessert also dessen Stand. Inzwischen auch Verbesserungen können Keinem aufgedrungen werden, und entsagen kann man seinen Vortheil in der Regel nur so weit, als nicht derselbe von einer Gegenpflicht abhängt, Erl. V. §. 74., mithin beseitigen jene Einwendungen obigen zwey-

Digitized by Google

ten Grund nicht. Ueberdieß ist er nur Hülfsgrund, ohne welchen auch schon der Erste allein hinreicht, zu beweisen, daß die durch Annahme des Eides zu Stand gekommene Uebereinkunft, wessen Gewissen die Sache entscheiden soll, gleich jedem andern Einverständniß, zum Gesez unter den Vertragspersonen werde, das nur mit beederseitigem guten Willen in Ermanglung gesezlich gebilligter Gründe widerrufen werden kann, Sz. 1134.

153.

Wirkung des angenommenen Eides.

Nach römischem Recht wird die Frage sehr verschieden beantwortet, ob wenn derjenige stirbt, der einen ihm zugeschobenen oder auferlegten Eid angenommen hatte, der Eid für geleistet gelte. Einige bejahen es allgemein, sobald der Annehmende nicht im Verzug der Leistung war (welches leztere natürlich in jedem Fall vorausgesezt werden muß, wo diese Frage anwendbar seyn soll): Andere schränken die Bejahung auf den Haupteid ein, mit Ausschluß der Notheide; noch Andere wollen auch bey dem Haupteid sie nur alsdann gelten lassen, wenn der Gegentheil an dem Leistungsverzug einige Schuld trägt, Puffendorf T. I. Obs. 56. Nach unserem Landrecht, das jeden Vertrag für wirksam erklärt, und ihm Gesezeskraft beylegt, Saz 1134., muß man vorerst vom zugeschobenen und angenommen Eid für richtig gelten lassen, daß er eine unter dem Beding der Eidesleistung zu Stand gekommene Uebereinkunft sey, eine gewisse Thatsache für bewiesen anzunehmen. Nun gilt eine

Bedingung für erfüllt, wenn der Schuldner ſelbſt ihre Erfüllung hindert, Sz. 1198.: hieraus folgt klar, daß nicht jede Art der Hinderung ſondern nur jene beſtimmte Art, wo der Gegner das Hinderniß erzeugt, die Wirkung haben ſollte, ſtellvertretend für die Leiſtung zu ſeyn. Dieſemnach kann nicht die Annahme für Erfüllung gelten, wenn die Nichtleiſtung auf irgend eine andere Urſache, als auf einen Verzug deſſen, dem die Leiſtung geſchehen ſollte, hinausläuft. Ebendeswegen wird die dem Eid beygelegte Beweiskraft, Sz. 1350. Abſ. 4., bey dem zugeſchobenen Eid namentlich auf die einmahl geſchehene Leiſtung beſchränkt, Saz 1363. Von der Annahme des auferlegten Notheides gilt dieſes noch vielmehr, da dieſe nur eine Erklärung gegen den Richter iſt, keine Uebereinkunft mit dem Gegentheil, als der dabey kein Erbieten machte, das durch Annahme zu einem Einverſtändniß hätte erwachſen können.

154.

Eidesweigerung als Verluſt der Einreden.

Wenn ein Beklagter ſeine eigene Thatſache abläugnet und dadurch den Kläger zum Beweis nöthigt, dieſer darauf ſeine Zuflucht zur EidesZuſchiebung nimmt, und Beklagter die Eidesleiſtung verweigert, ſo ſoll er dadurch alle ſeine Einreden verlieren, nach dem was Wernher I. Obs. 107., jedoch mehr mit Gründen eines Rechtseifers als mit bürgerrechtlichen ausführt. In Wort und Geiſt der Napoleoniſchen Geſezgebung iſt jener Saz feſter gegründet. Indem ſie die Wirkung der Geſtändniſſe ſo beſtimmt, daß nun jeder ohne

Digitized by Google

Gefahr durch Ehrlichkeit in eine Rechtsfalle zu gerathen, die Wahrheit reden kann, Erl. III. S. 262., rechtfertigt sie jeden wider das Gesez nicht anstoßenden Eifer gegen das Abläugnen. Indem sie nun sagt, daß der HauptEid zur Entscheidung der Sache (nicht bloß zum Beweis eines Beweissazes) zugeschoben werde, Sz. 1357 c., und hinzusezt, die Entscheidung solle dahin erfolgen, daß der welcher den Eid verweigert, mit seiner Klage oder Einrede abgewiesen werden soll, (nicht bloß daß der Beweissaz des zuschiebenden Theils für erwiesen angenommen werden solle,) so folgt daraus klar, daß wenn der Beklagte es ist, der den zugeschobenen Eid des Klägers weigert, er seiner sämmtlichen Einreden verlustig seyn müsse, weil der Kläger für Entscheidung seiner Klage, also für die ganze Sache, ihn zuschiebt, und er darum auch auf das Ganze seine Wirkung äußern muß, sodann weil der geweigerte Eid auf keine einzelne Einrede Bezug hat, also der weigernde Beklagte entweder gar keine oder alle Einreden verlieren muß; ein Verlust der Einreden aber ist für solchen Fall deutlich ausgesprochen, folglich muß er von allen Einreden gemeynt seyn. Das Nemliche ist der Fall nicht, wenn der Beklagte einen ihm zurückgeschobenen Eid über eine seiner Einreden weigert, hier trifft der Verlust nur diese Einrede, auf die der Eid allein Bezug hat.

Digitized by Google

155.

Rückruf abgeschworner Eide.

Ist — so sagt der Code Napoleon Sz. 1363. — der zugeschobene oder zurückgeschobene Eid einmahl abgeschworen, so wird der Gegentheil mit dem Beweis, daß falsch geschworen worden, nicht mehr gehört, oder bestimmter noch es auszudrücken, er ist nicht mehr zu hören (il n'est point recevable). Dieses ist das Nemliche, was auch vorhin schon im Sächsischen Recht geordnet war, und es leidet hier wie dort, seine Anwendung, der Beweis des falschen Eides mag geführt werden, mit welcher Art der Beweismittel er wolle, und mit früher bekannten oder mit neuvorgefundenen, Carpzov I. Const. 15. Def. 1—3. Gerichtliche Geständnisse sind allein davon auszunehmen, Erl. III. S. 270., und auch das nur in so weit, als sie benuzt werden können, die Beschuldigung der Meineidigkeit vor dem Strafrichter klar zu machen, und auf diesem Umweg zur Entschädigung zu gelangen, Erl. III. S. 268. Inzwischen ist alles dieses nur vom HauptEid gesagt, der allein zugeschoben oder zurückgeschoben wird, und darf auf einen Notheid, der vom Richter auferlegt wird, Sz. 1357., nicht übergetragen werden, Carpzov l. c. Def. 4—6., sonst hätte es das Gesez nicht bestimmt auf jene erste Gattung und in dem ihr allein gewidmeten Abschnitt ausgesprochen. Der Grund jenes Gesezes liegt nicht in der Heiligkeit der Eide, als welcher auf beyderley Gattungen gleiche Anwendung fordern würde, sondern darinn, daß der Haupteid von den Parthieen zur Entscheidung der

Sache

Sache frey gewählt wird, also durch sich selbst eine endgültig entschiedene Sache bildet, der Notheid aber nur vom Richter in Ermanglung hinlänglicher Beweise, also aus Noth. Nur müssen auch hier die Beweise neu vorgefunden seyn, sonst würde deren verspätetes Vorbringen zeigen, daß der Beweisführer die Noth durch Hinterhaltung der Beweismittel selbst bewirkt habe, also die Folgen seiner That tragen müsse, vergl. Sz. 1117a.

156.

VerbesserungsAufwand auf fremdes Gut.

Wer a.) aus einem VertragsVerhältniß den VerbesserungsAufwand fordern kann, fordert alle Auslagen die vernünftig aufgewendet wurden, ohne Hinsicht ob die Früchte davon mit ihm in Verhältniß stehen, oder die Verbesserung durch Zufall untergegangen ist; wer b.) nur aus dem einem Eigenthümer zugegangenen Nuzen sein Forderungsrecht ableiten muß, fordert nur das, was als WerthErhöhung dem Eigenthümer zu gut kommt: so lehrte Mevius II. Dec. 210. 227., III. 41. Beede Säze leiden Einschränkungen, zu a.) kommt alles darauf an, ob α) derjenige, der einen VerbesserungsAufwand machte, solches als Geschäftsführer oder Gewalthaber des Andern bloß für dessen Vortheil that, in diesem Fall und so weit alsdann die Geschäftsführung oder AuftragsVollziehung gültig ist, leidet die Regel von dem unbeschränkten Ersaz aller Auslagen ihre Anwendung, Sz. 1375. und 1999.; wo aber β) derselbe um eigenen Nuzens willen den Aufwand machte, da kann er von dem Ei-

genthumsherrn, der nicht auf Anfrage mehr zu leisten besonders zugesagt hat, auch anders nichts fordern, als wozu jeder Eigenthümer, der um seines Nuzens willen verbindlich wird, von den Gesezen angewiesen ist, und zwar ohne die Befugniß zu haben, die Wegräumung einer neuen Anlage von dem Anderen zu fordern, z. B. Saz 1437. vergl. mit 1470. Abs. 3., desgleichen Saz 1673. vergl. mit Saz 555. Was nun zu b.) denjenigen anbelangt, der als Inhaber für eigene Rechnung die Verbesserungskosten anwendete, so macht das Gesez den Unterschied, ob derjenige, der den Ersaz zu fordern hat, redlicher Inhaber war, oder nicht: nur gegen ersteren läßt es dem Schuldner die Wahl, ob er alle Auslagen zahlen, oder die WerthErhöhung zum Ersaz-Maasstab machen will, gegen den unredlichen gibt es — was Anfangs sonderbar scheint — dem ErsazSchuldner diese Wahl nicht, sondern weiset ihm geradehin die AuslagenErstattung zu, und das darum, weil er die Befugniß hat, Wegräumung und Herstellung in den alten Stand zu verlangen, daher das Gesez vermuthet, der, wer sich ihrer nicht bediene, finde den Werth um den Betrag der Auslagen erhöht, Saz 555.

157.

Zahlungsforderungen der Geschäftsführer.

Wie sehr es Absicht des Gesezgebers sey, zudringliche Geschäftsführungen zu vermeiden, wurde schon anderwärts bemerkt, Erl. III. S. 285. Um im Geist dieses gesezgeberischen Willens zu handeln, muß man besonders auch das bemerken, daß eine Geschäftsführung nicht durch die Absicht

Digitized by Google

des Geschäftsführers entstehe, indem man auch unwissenderweise Geschäftsführer werden kann, Erl. III. S. 278., eben so wenig durch die Absicht des Geschäftsherrn, als dessen Geschäft auch ohne sein Wissen geführt werden kann. Entsteht dieser Halbvertrag nun niemals durch die Absicht der Vertragspersonen, sondern lediglich durch die Thatsache der Führung auf der einen Seite, und durch die Geschäfts-Angehörigkeit auf der andern Seite (daß nemlich das geführte Geschäft eines Andern zu seyn erfunden wird) so kann es nicht erst durch die Absicht des Geschäftsführers zum Geschäft des Andern werden, sondern es muß solches zuvor schon durch seine Natur seyn, oder es hinkennach durch die Genehmigung des Andern werden. Wer z. B. ohne allen Auftrag auch ohne sonstige von dem Andern herrührende Veranlassung für einen Andern ein Haus kaufte, würde vergeblich suchen durch die Geschäftsführungs-Klage jenen anzustrengen, daß er in solchen Kauf eintrete, wann dieser es nicht gut finden würde, möchte auch der Kauf noch so vortheilhaft seyn, eben deswegen sagt Saz 1165., daß Verträge nur unter denen, die sie schließen, ihren Wirkungskreis haben, und einem Dritten keinen Vortheil oder Nachtheil bringen, und Sz. 1120. daß der Dritte oder der Geschäftsherr selbst dann, wenn jemand, indem er ein Geschäft für ihn führen wollte, an seiner statt gutsprach, dennoch daraus zur Erfüllung wider seinen Willen nicht verbindlich werde. Nur da ist folglich Führung des Geschäfts eines Andern vorhanden, wo dieses eine Sache oder ein Rechtsverhältniß zum Gegenstand hat, das zuvor schon bekannter- oder unbekannterweise des Andern war: wo dies nicht ist, z. B. bey einem Kauf obge-

dachter Art, geht der Vorgang erst von dem Augenblick an in eine Geschäftsführung über, wo der Andre seine nicht-schuldige Genehmigung freywillig ertheilt, Cocceji J. C. L. III. T. V. Q. 4. — Ein weiterer Umstand auf den man aufmerksam seyn muß ist der, daß eine Geschäftsführung nur alsdann entsteht, wenn man in erlaubter Beziehung auf Rechte anderer Menschen eine Handlung unternimmt, Sz. 1371. So oft die Beziehung, in welche man sich durch eine Handlung auf Rechte anderer Personen sezt, im Gesez für unrechtmäßig erklärt ist, so kann daraus niemals eine Geschäftsführung hervorgehen. Hieraus läßt sich nun leicht beurtheilen was von Schuld-Einforderungen eines Geschäftsführers zu halten sey? Nemlich

A.) wenn der Dritte ihm gutwillig zahlt, so ist a.) so oft der eigentliche Gläubiger es genehmigt, an der Gültigkeit der Geschäftsführung kein Zweifel; b.) genehmigt er es nicht, aber es war die Einforderung ein natürlicher Ausfluß der einmahl unternommenen Geschäftsführung, und es kann auch der Beweis hergestellt werden, daß das Beste des Gläubigers, und zwar nicht bloß in einer Rücksicht, sondern in allen, Erl. III. S. 175., dadurch erzielt worden, so ist abermals die Geschäftsführung gültig; ebenso c.) wenn ein redlicher Besizer der Forderung der Einforderung als Geschäftsführer sich unterzog, denn in allen drey Fällen ist die Zahlung des Gläubigers gültig geschehen, nach Saz 1239. und 1240., folglich muß auch die Geschäftsführung gültig seyn, weil ja sonst der Gläubiger keinen Schuldner mehr für seine Forderung hätte. Hier war die Beziehung in die sich der Geschäftsführer sezte, erlaubt: umgekehrt aber d.) wo keiner dieser drey Fälle obwaltet, son-

Digitized by Google

dern wo jemand damit eine Geschäftsführung eigens begründen will, daß er Forderungen ohne Auftrag einzuziehen unternimmt, da ist die Zahlung an ihn, nach Sz 1239., unerlaubt, weil sie außer denen gedachten Fällen nur an den wahren Gläubiger oder dessen Gewalthaber, also nicht an einen bloßen Geschäftsführer geschehen soll. Hier entsteht also zwischen dem Gläubiger und dem Geschäftsführer gar keine Verbindlichkeit, die Schuldigkeit des Dritten gegen den Gläubiger besteht unverrückt fort, und der Halbvertrag einer Zahlung zur Ungebühr entsteht dadurch zwischen dem Schuldner und dem anmaslichen Geschäftsführer. Wenn hingegen

B.) der Schuldner an welchen gefordert wird, nicht gutwillig zahlen will, und es zur Ausklage kommen läßt, so nimmt entweder α) das Gericht die Anforderung an, (wozu es in allen jenen Fällen verbunden ist, wenn der Kläger redlicher Besizer der Forderung ist, und zugleich für eignen Vortheil das Forderungsrecht ausübt, (z. B. wenn ihm die Schuld verpfändet ist, wenn sie seinen einzigen Zugriffs-Gegenstand ausmacht, Sz. 1166.,) alsdann ist jedesmahl der Kläger berechtigter Empfänger, weil dahin der Sz. 1239. die durch das Gericht ermächtigte Personen zählt, folglich ist seine Einforderung ein rechtmäßiger Ausfluß der Geschäftsführung, oder β) der Richter nimmt sie nicht an, zu welcher Abweisung er allemahl verbunden ist, wo das Gesez den Kläger nicht als Empfänger berechtigt, dann gilt auch keine Geschäftsführung zur Einforderung. So weit aber diese gilt, so weit reicht sie auch hin, um durch Einforderung den Schuldner in Verzug zu sezen, Cocceji l. c. Q. 8.

158.

Geschäftsführung wider Willen des Herrn.

In meinen Erl. III. S. 285. sind drey Fälle erwähnt, in welchen zu sagen sey, daß ein Geschäft wider Willen des Herrn geführt werde, Ein vierter, wovon Leyser CCCCXLVII. Med. 5. nachgelesen werden kann, ist auch noch dahin zu rechnen, wenn nemlich das Geschäft selbst zwar mit Wissen und Willen, oder gar aus Auftrag des Geschäftsherrn unternommen ward, aber in der Art oder in der Ausdehnung desselben gegen den Willen des Herrn gehandelt wurde. Die Einbegreifung dieses Falls rechtfertigt der Sz. 1998., welcher für die Uebertretung der Gewaltsschranken den Gewaltgeber zu haften entbindet, woraus folgt, daß wegen dieser Uebertretungen kein anderes Rechtsverhältniß zum Gewaltgeber entstehe, als das eines wider den Willen des Geschäftsherrn handelnden Geschäftsführers. Uebrigens tritt hier oft ein Fall ein, wo Vorsicht in der Anwendung des Sz. 1375 a. nöthig ist. Dieser erkennt einem solchen Geschäftsführer die Vergütung desjenigen noch zu, was dem Herrn als Vermögens Zuwachs oder Verbesserung wirklich zu gut gekommen ist. Wo das ganze Geschäft von dem Geschäftsführer eigenmächtig unternommen wurde, da ist dieses leicht zu bestimmen, z. B. ein Pächter dem alles neue Bauwesen auf dem Gut untersagt worden, baut, weil die alte Scheuer viel zu klein war, noch eine zweite darneben, so ist alsdann dasjenige um was das Gut bey einem Verkauf nach ordnungsmäßiger Schäzung mehr werth ist, derjenige Aufwand den der Verpächter

Digitized by Google

ersezen muß, anstatt daß wenn mit seinem Wissen und Willen gebaut worden wäre, er alle aus Nothwendigkeit oder Nuzen gemachte Auslagen hätte ersezen müssen, Sz. 1375., ja wenn aus seinem Auftrag gebaut worden wäre, er auch diejenige hätte zahlen müssen, die wegen mißglücktem Erfolg oder minderer Sparsamkeit des Gewalthabers unnüz aufgewendet worden, Sz. 1999. Wo nun aber ein Geschäft in Auftrag gegeben wurde, und dabey gewisse vorgeschriebene Schranken überschritten werden, da kann etwas eine VermögensVerbesserung seyn, und darf dennoch als solche nicht angeschlagen werden. Z. B. jemand der das Seinige zu Rath zu halten Ursach hatte, hätte bey einem Bauauftrag bestellt, sein Wohnhaus einfach und reinlich aber nicht kostbar auszumachen, der Beauftragte ließ aber darinn einen Saal mit Statuen und feiner Gipsarbeit anbringen, so würde, wenn auch gleich die Lage des Orts von der Art wäre, daß das Haus mit diesen Verzierungen einen bleibenden höheren Werth hätte, auch in der Vermiethung einen MehrErtrag gewähren könnte, dennoch der Eigenthümer, der es nicht zum Vermiethen, sondern zu seiner Wohnung hatte machen lassen, und dazu jenes Saals nicht bedurfte, deswegen, weil er einst vielleicht (wenn nemlich die Lage fortdauert) mehr bey einem Verkauf lösen könnte, diesen Aufwand zu zahlen nicht schuldig seyn, sondern der Geschäftsführer, den der Herr nicht zahlen wollte, müßte die Statuen wegnehmen, und den GypsVerpuz in dem was er mehr als eine gewöhnliche Wandbekleidung kostete, auf sich leiden, da dieser Aufwand dem Geschäftsherrn nicht wirklich zu gut gekommen ist, ob er wohl

ein solcher ist, der Andern unter veränderten Umständen hätte zu gut kommen können.

159.

Urthelsmäßige Zahlung an einen Nicht-Gläubiger.

Derjenige wer von einem unberechtigten Gläubiger belangt, aus Versehen des Richters aber verurtheilt wird, muß allerdings, wenn die Verhältnisse ein ordentliches Rechtsmittel zulassen, solches zur Hand nehmen, um die ZahlungsNothwendigkeit von sich abzuwenden, wenn er nicht Gefahr laufen will, doppelte Zahlung zu thun, Struben IV. 180. Aber wenn nun die Verhältnisse keines zulassen, oder er es etwa vergebens benuzte, und nachher der rechte Gläubiger kommt, und wider ihn klagt, dann, so sollte man denken, müsse er gegen diesen mit jener unausweichlichen Zahlung sich schüzen können, zumahl da das L.R. Sz. 1239. diejenige Zahlung für gültig erklärt, welche an den geschieht, der zum Empfang vom Gericht ermächtigt ist. Allein es ist das Wort: „Empfang für ihn," (pour lui) aus Druckversehen weggeblieben, welches im Grundtext steht, um anzuzeigen, daß nur jene Zahlung welche für den Gläubiger an einem Andern vom Richter statt seiner dazu ausersehenen Empfänger geschieht, hier gemeynt sey, wiewohl solches auch schon durch das Wort: ermächtigt hinlänglich angezeigt wird, worunter man den richterlichen Ersaz einer mangelnden Rechtsmächtigkeit durch Dazwischenschiebung eines Dritten versteht.

Es muß daher bey der Regel bleiben, daß die Rechtskraft eines Urthels gegen denjenigen nicht angezogen werden kann, der nicht im Rechtsstreit war, Sz. 1351., und eine Zahlung an dritte unermächtigte Personen nicht gegen den, welcher der wahre Gläubiger ist, Sz. 1259. Der wahre Weg, wie in diesem Fall der Schuldner, welcher doppelt zu zahlen in die Lage kommt, sich zu helfen hat, ist der den erstbezahlten anmaßlichen Gläubiger beyzurufen, wo sofort, wenn dieser nicht darzuthun vermag, daß er und nicht der jüngere aufgestandene Gläubiger der rechte sey, aus diesem neuen Umstande der Grund zu Umstoßung des zu Gunsten des ersten ergangenen Urthels hervorgeht, vergl. Sz. 2056., Erl. IV. §. 61.

160.

Entschädigung wegen getödtetem Familienhaupt.

Alt ist der Streit, wie weit da, wo ein Familienvater durch Muthwillen oder Verschulden umgebracht wird, die Wittwe und Kinder an den Thäter eine ErnährungsAnsprache haben, Struben IV. 62. Das neue Landrecht gibt zur Entscheidung bestimmtere Grundsäze an, als man vorhin benuzen konnte. Es spricht den Saz aus: jede unrechte That verbindet den Thäter zur Entschädigung, so wie auch jede aus Nachläßigkeit oder Unverständigkeit zugefügte Beschädigung, Sz. 1382. und 1383. Daraus folgt, daß auch jede aus einem vorsäzlichen oder schuldhaften Todschlag entstehende Beschädigung erszt werden müsse: es sagt fer-

Digitized by Google

ner, es seyen auch persönliche Beschädigungen in dem Sinn dahin zu rechnen, daß Kosten der Heilung und entbehrter Verdienst des Beschädigten, nicht aber Schmerzengeld gefordert werden können, Sz. 1382 f.; es sagt endlich, daß nicht allein die absichtlich beleidigte, sondern auch alle durch eine unrechte That unvorsäzlich beschädigte Personen ein Entschädigungsrecht haben, Sz. 1282 b. Diese Grundsäze reichen hin zur Ueberzeugung, daß Frau und Kinder des Erschlagenen Entschädigung zu fordern haben. Sie geben auch schon einen Fingerzeig, wie diese zu bestimmen sey, nemlich zuzusprechen ist, was Rechtsähnlichkeit mit dem entbehrten Verdienst hat, abzusprechen das, was sich in ein Schmerzengeld auflöset. Hiernach kommt vorerst alles darauf an, ob der Tod des Familienvaters die Hinterbliebenen in dem gemeinen standesmäßigen Unterhalt verkürze, oder nicht. Wo sie darinn nicht verkürzt sind, sondern nur Lebensannehmlichkeiten entbehren, die sie bei dessen Lebzeiten weiter hätten haben können, da wäre ein Ersaz derselben ein wahres Schmerzengeld, nemlich eine Vergütung für den Schmerz jener Entbehrungen, dieser Ersaz wäre zugleich das Maas eines Neigungswerths, angewandt auf Unterhaltsschuldigkeit, welchen der Sz. 1151 a. ausschließt. In diesem Fall kann also von einer Unterhaltsschuldigkeit nicht die Rede werden, die ohnehin von demjenigen nie geltend gemacht werden kann, der sich selbst zu ernähren im Stand ist, Erl. I. S. 189. Wo aber der nothdürftige Unterhalt durch den Todesfall geschmälert wird, da tritt die Ernährungsschuldigkeit als Entschädigung für die herbeygeführte Nahrungslosigkeit ein. Aber wann? und wie lange? Hierzu gibt uns Saz 1150. und 1151. die Antwort an die Hand, wenn er sagt: es ist

Digitized by Google

nur derjenige Schaden zu ersezen, welcher bey der Beschädigung vorausgesehen wurde, oder vorausgesehen werden konnte, und welcher eine unmittelbare und natürliche Folge der Uebertretung ist, vergl. Sz. 1382 e. und 1383 a. Unmittelbare und natürliche Folge des Todschlags eines Familienvaters ist, daß dessen Frau zur Wittwe, dessen minderjährige Kinder zu Waisen werden, einbegriffen, in dieser unmittelbaren Folge und voraus sehbar ist es ferner, da wo des Mannes Arbeit die Familie nährte, daß Wittwe und Waisen nahrungsbedürftig werden. Die Unterhaltsbedürftigkeit der Wittwe berechnet das Gesez auf ein Jahr, Sz. 1570., deswegen, weil es voraussezt, so lange sey sie schuldig, neue VersorgungsAussichten abzulehnen. Nachher endigt sich diese Schuldigkeit; denn obwohl häufig die Wittwe neue VersorgungsGelegenheit nicht findet, so ist doch dieses nicht mehr unmittelbare und natürliche Folge der Ertödtung, sondern es ist Ausfluß aus hinzutretenden Zufällen, worüber zur Zeit der That nichts vorausgesehen werden kann, die weitern Ernährungskosten treffen also hier so wenig den Thäter, als sie des Manns Verlassenschaft getroffen haben würden, wenn auch diese noch so vermöglich wäre. Bey den Kindern beschränkt sich die Ernährungspflicht auf die Jahre der Minderjährigkeit, vergl. Saz 364. und 369.; wenn nachher die Kinder, entweder weil sie nicht gerathen sind, oder weil sie bresthaft sind, sich nicht fortbringen können, das ist nicht mehr unmittelbare und natürliche Folge aus dem Todschlag, sondern es fließt daraus nur unter Hinzudenkung des weitern Zufalls, der diese Nahrungsunfähigkeit herbeyführt, und gehört eben deswegen nicht in den Umfaug der Entschädigungspflicht, Erl. III.

S. 85—87. So lang übrigens die natürliche Ernährungs-Bedürftigkeit nach ihrem gesezlichen durch die Minderjährigkeit bestimmten Maas dauert, muß auch die als Entschädigung eintretende Ernährungspflicht dauern. Ehemals wollten zwar die Rechtslehrer auf das Lebensalter des Getödteten sehen, es nach Wahrscheinlichkeits-Berechnungen bestimmen, und für so lang die entschädigungsweise Ernährungspflicht eintreten lassen, womit aber bald zu wenig bald zu viel gegeben wird, und die daher nur für Glücksgeschäfte taugen, wohin eine Entschädigungsforderung niemals gehört. Sterblichkeitsberechnungen lassen sich nemlich nur auf viele Fälle als Durchschnitts-Maasstab zutreffend machen, aber auf einzelne niemals: wo es auf das einzelne Leben ankommt, da will deswegen das Gesez 100 Jahr als längstes Lebensziel angesehen wissen, Sz. 129., und so kann es sich wohl nie fehlen, daß die Minderjährigkeit der Kinder ein kürzeres Endziel ist, als eine Fortdauer bis zur gesezlichen Todesvermuthung bey dem Erschlagenen.

161.

Sammtverbindlichkeit bey widerrechtlichen Thaten.

So oft aus einer widerrechtlichen That, sey sie nun Vergehen oder Versehen, eine Beschädigung entstand, so machte das römische Recht die Beschädiger sammtverbindlich, L. 11. §. 2 ff. ad L. Aquil. nur darüber war Streit, ob die Thäter die Theilungs-Einrede hätten, wie Carpzov

Dec. 190. behauptet; oder ob sie ihnen nicht zustehe, wie Berger Oec. jur. L. 3. T. 9. Th. 12. Nro. 3, und Leyser CXII. Med. 1. lehren. Diesen Streit hat Saz 1203. entschieden, der bey keiner Sammtverbindlichkeit der TheilungsEinrede Raum gibt. Allein jezt tritt dafür ein anderer Unterschied ein, wornach nur die Verbindlichkeiten aus Vergehen, nicht aber jene aus Versehen eine Sammtverbindlichkeit mit sich führen. Diesen begründet nemlich Saz 1382 d., nach welchen von mehreren Thätern, die zu einem Erfolg zusammen wirken, alle jene, die vorsäzlich handelten, sammtverbindlich seyn sollen. Denn ist diese Verfügung auf vorsäzliche Uebelthaten beschränkt, das heißt auf Vergehen, und darf doch nach Saz 1202. keine Sammtverbindlichkeit angenommen werden, die nicht durch Gesez oder Vertrag ausdrücklich festgesezt ist; so müssen nothwendig die aus unvorsäzlichen widerrechtlichen Thaten ausgehende Klagen, also jene aus Versehen, den Beschädiger nur theilverbindlich ergreifen, so lang nicht ein anderer Umstand hinzukommt, der aus einem andern RechtsGesichtspunkt eine Sammtverbindlichkeit herüberführt. Der Grund dieser Beschränkung liegt in der Erinnerung, daß Irren menschlich, und es daher nicht menschlich gehandelt ist, wenn man jemanden bloß deswegen, weil sein Irrthum mit dem seines Mitthäters zusammentraf, zumuthen will, mehr als seine Verbindlichkeit auf sich zu nehmen, den hier als Folge der menschlichen GeselligkeitsVerhältnisse viel billiger derjenige auf sich behält, den er getroffen hat, und der an demjenigen, der durch Irrthum ihm theilverbindlich ward, sich nicht erholen kann.

Digitized by Google

162.

Rechtswirkungen der Gelegenheit.

Gelegenheit ist nichts anders als ein Zusammentreffen von Umständen, ohne welche nicht eine gewisse Handlung statt hätte. Gelegenheit macht Diebe, sagt ein Sprichwort, und ein anderes spricht: wer Gelegenheit zum Schaden gibt, lasse sich die Entschädigung gelegen seyn. Dieses lezte gehört unter anerkannte Regeln, die jedoch nicht ohne Einschränkung wahr sind, Barbosa Thes. Loc. conv. V. Occasio Ax. 1. Unser Gesezbuch sagt nichts über die Rechtswirkung der Gelegenheit. Dennoch steht ihre alte Ansicht fest, nemlich:

a.) wer durch eine in ihrem Zweck und in ihrer Art erlaubte Handlung Umstände herbeyführt, wodurch ein Anderer in Schaden kommt, der ist dafür nicht verantwortlich, hingegen

b.) wer eine Handlung verrichtet, die einen gesezwidrigen Zweck hat, oder die sich als unerlaubtes Mittel zu einem gesezmäßigen Zweck verhält, oder die zwar auch ein erlaubtes Mittel ist, das aber wegen der Voraussehbarkeit eines Schadens für Andere noch Vorsichten in der Anwendung erfordert, die der Handelnde unterläßt, der — wenn nun dadurch die Bedingungen zu Stand kommen, durch welche die Beschädigung eines Andern wirklich wird, der ist für den daraus entspringenden Schaden verantwortlich. Wenn man nun diesen zweiten Fall mit unter den Begriff der Gelegenheit einzieht, so findet obiges Sprichwort statt. Genau gesprochen aber sollte man nur jenen Fall Gelegen-

Digitized by Google

heit nennen, der ohne Rücksicht auf Herbeyführung durch freye Handlungen vorgestellt wird: sobald man das Daseyn der zusammentreffenden Umstände auf solche Handlungen bezieht, und die Vorausseyhbarkeit eines Schadens hinzudenkt; heißt es sprachrichtiger ein Anlaß, und nur von diesem ist es ohne Ausnahme richtig: wer den Anlaß gibt, muß die Folge büßen.

163.

Wohnsiz der Ehe als Grund der Ehegemeinschaft.

Obwohl sonst angenommen war, daß die Verträge nach jenem Ortsrecht zu richten seyen, unter welchem sie geschlossen wurden, so wurden jedoch die Heyrathsverträge und Eherechte davon ausgenommen; diese, die gewöhnlich am Wohnort der Braut, mithin an einem ganz andern abgeschlossen wurden, als an welchem der künftige Wohnsiz der Ehe ist, wurden doch immer in allem, was nicht ausdrücklich darinn bestimmt ist, nach den Rechten des Wohnsizes des Mannes oder richtiger zu reden, nach den Gesezen des bestimmten Wohnsizes der Ehe gerichtet, Lang von der Gemeinschaft der Güter, Hptst. 3. §. 6. Die Gründe waren a.) weil die Bestimmung der Ausführung des Vertrags auf einen andern Ort diese Rücksicht auf die dortige Rechte fordern, b.) weil es eine natürliche Folge davon sey, daß die Frau in den Wohnsiz und die Rechte des Mannes übergehe, c.) weil L. 65 ff. de judic. von bewidmeten Ehen jene Regel des ehelichen Wohnsizes den BewidmungsVertrá-

Digitized by Google

gen vorzeichnet. Die lezte Begründung fällt jezt weg, da wir hier einen Stoff vor uns haben, über welchen das Napoleonische Recht seine eigene Gesezgebung hat, wo alsdann nicht einmahl hülfsweise auf römisches Recht zurückgegangen werden kann, Erl. IV. S. 566.: die andern beeden Gründe aber wollen nicht jedem maasgebend genug scheinen, um in der jezigen strengeren Rechtsverfassung für einen zuverlässigen Entscheidungsgrund zu dienen, und da man doch fühlt, daß die Verlassung der alten Regel zu weit mehr Unbequemlichkeiten führt als deren Beybehaltung, so wird hier und da bedauert, daß nicht ein entscheidender Ausspruch dafür gesorgt habe. Dieses Bedenken fordert eine nähere Erörterung. Hier müssen wir vor allen Dingen daran uns erinnern, daß Heyrathsverträge zwar geeignete Rechtsgeschäfte sind, um die Vermögensverhältnisse der Eheleute zu begründen, aber sie waren ehemals und sind noch jezt nicht das Eine was dazu noth ist. Die Gesezе haben gesorgt, daß auch für diejenige Eheleute die Vermögensverhältnisse genau bestimmt sind, welche keine Heyrathsverträge schließen, indem sie ein gewisses Verhältniß als gesezliche Regel aufstellen, Sz. 1393., und dessen Daseyn lediglich, und ohne daß sie eine desfallsige Willkühr der Parthieen zuließen, von der Trauung durch den bürgerlichen Staatsbeamten abhängig seyn lassen, Sz. 194. 1399. 1543. 1548. Indem das eheliche Vermögensverhältniß eine bloß gesezliche Folge einer bürgerlichen Standshandlung wird, muß es offenbar auch nach jener Gesezgebung regiert werden, welche der Eigenschaft jenes bürgerlichen Stands gebietet, das ist aber jene Gesezgebung, deren der handelnde persönlich unterhan ist, selbst alsdann wenn er im Ausland handelt,

Saz 3.

Saz 3. Also muß vorerst einmahl der Mann sicherlich dabey nach seiner Heimathsgesezgebung gerichtet werden, Das Gesez des Orts, wo er sich trauen läßt, und wo er also das Rechtsgeschäft der Ehe schließt, kann desfalls ihm nichts gebieten, weil man wohl in Absicht auf Form und Gültigkeit, aber nicht in Bezug auf den Inhalt eines Vertrags sich den Gesezen des VertragsOrts unterwerfen muß, Sz. 3a. und 170. Ist aber der Mann genöthigt für jeden Fall die Heimathsgesezgebung seines Staats gelten zu lassen, wo er nicht mit deren Vergönnung eine Aenderung ausdrücklich bedungen hat, und darf die Frau hingegen nichts bedingen, was gegen verbietende Gesezе ihres künftigen Bleibens anstößt, Sz. 1389., mithin auch nicht, daß sie dem Wohnsiz, das ist der Gesezgebung und Rechtsverwaltung der Heimath ihres Mannes nicht folgen, sondern einen andern Wohnsiz haben wollte, als er, Sz. 108., so muß nothwendig die Braut, die sich ihm ergeben will, und dabey verlangt, in seinen Wohnsiz und unter seine Gesezgebung überzugehen, auch gleich dadurch den Anfang dazu machen, daß sie entweder eine andere Art der Eheverhältnisse ausdrücklich bedingt, oder in jene ihres künftigen Wohnsizes sich stillschweigend ergiebt: denn da der Mann nichts anders wollen darf als Eins von beeden, so würde ohne ihr Ergeben in dieses Wollen niemals eine Uebereinkunft des beederseitigen Willens, mithin niemals die Ehe möglich werden, welche jene WillensUebereinkunft zur Grundbedingung hat. Wollte man auch annehmen, beede könnten erlaubter Weise jenes OrtsRecht bey ihrem Ehevertrag zur Rücksicht nehmen, in dessen Gebiet sie ihre Ehe schließen, ohne doch dort den

künftigen Wohnsiz ihrer Ehe nehmen zu wollen, so würde erst noch eine solche stillschweigende Rücksicht ungültig bleiben, weil Saz 1390. ausdrücklich fordert, daß wer eine andere als die allgemein in seinem Lande gültige Vermögens-Verfassung bedingen will, solches nicht durch bloße Beziehung auf ein Ortsrecht, sondern lediglich durch bestimmte Beziehung auf das solche enthaltende Kapitel des Gesezbuchs thun dürfe. Schon vorhin war es ohne Grund, daß man dieses als eine Ausnahme von den gewöhnlichen Regeln der Beurtheilung der VertragsVerbindlichkeiten betrachtete, denn die Gesezе bestimmten schon ehemals, daß um einen Vertragsgerichtsstand zu begründen, es nicht auf den Ort des abgeredeten Vertrags, sondern auf den Ort der Zahlung, also der bestimmungsmäßigen Erfüllung, ankomme, Wernher VIII. Obs. 304., Gail II. Obs. 36., Hommel LXV. Obs. 2., Leyser LXXIII. Med. 1. Dieser Ort ist nun unläugbar bey einer Ehe nicht da, wo man den Heyrathsvertrag unterzeichnet, auch nicht da, wo man sich trauen läßt, sondern da, wo, nach der Absicht der Eheleute, wie sie zur Traungszeit besteht, die Ehe geführt werden soll. Zwey Ausnahmen machte der ehemalige Gerichtsgebrauch: die Eine da, wo in den Heimathsgesezen eine Streitfrage nicht deutlich entschieden ist, die Andere da, wo die Brautleute, z. B. wandernde Schauspieler, zur Heyrathszeit keine bleibende Stätte hatten: in diesen beeden Fällen sollten die Gesezе des Orts, wo die Ehe geschlossen wurde, Maas und Ziel geben. Die lezte Ausnahme kann nicht mehr eintreten, denn da ein Jeder in jenem Lande, in welchem das Staatsbürgerrecht ihm angebohren ist, Inländer bleibt, so lang er

nicht sein Heimathsrecht, gemäß dem Saz 27., aufgibt; und da jeder Inländer seine Frau in sein Recht nach sich zieht, Sz. 12., so folgt daraus nothwendig, daß wer sich heyrathet, ohne noch einen eigenen Wohnsiz angenommen zu haben, sich und seine Ehe seinem angebohrnen Wohnsiz unterwerfe, mithin nach dessen Recht sich die Vermögensverhältnisse so lang richten, als nicht durch einen später angenommenen Wohnsiz vermög dessen Gesezgebung Aenderung eintritt. Wo aber das Heimathsrecht der Ehe, auf welches die Heyrath geschlossen ist, Dunkelheiten oder Zweydeutigkeiten hat, da können diese nicht Grund werden, ein fremdes Recht — dasjenige nemlich in dessen Bezirk die Trauung geschehen ist — zu Hülfe zu rufen, weil von einem solchen Zuhülferufen das inländische Gesez nichts enthält, und durch dieses Stillschweigen solches ausschließt, Sz. 6 b., sondern ein solcher Fall muß nach denen nemlichen Regeln entschieden werden, welche die bürgerliche Gesezgebung für alle andere zwiespaltige Rechtsfälle vorschreibt, und welche der Saz 4 a. näher an Hand gibt. Schwierig bleibt allein noch der Fall, wnen jemand doppelte Wohnsize unter verschiedenen Rechtsgebieten hat. Vorausgesezt muß dabey werden, daß beedes wahre Wohnsize seyen. Denn wenn z. B. Jemand an einem Ort Staatsbürger, am andern nur Diener ist, so hat er durch lezteren nur den Dienst betreffenden Wohnsiz sein Wohnsizrecht in seinem vorherigen Wohnort nicht verloren, Sz. 106., und mithin ist seine Ehe noch immer nach jenem Gesez zu richten, das in lezterem herrschend ist. Wann aber wirklich zwey wahre Wohnsize da sind, alsdann hängt die Sache zuvörderst von Staatsverträgen ab, ob diese einen allgemeinen Gerichtsstand fest-

gesezt haben, wie z. B. zwischen den Großherzogthümern Baden, Würzburg und Frankfurt, in diesem Fall ist dieser allgemeine Wohnsiz auch der, nach dessen Rechten eine solche Ehe gerichtet werden muß: wo deren keine sind, da würde man lediglich darauf sehen müssen, wo der Mann zur Zeit der eingegangenen Ehe seinen Aufenthalt zuerst genommen hat, wenn nicht entgegenstehende stärkere Gründe klar machten, daß auf den andern Wohnsiz dennoch das Absehen der Eheleute zu Regulirung ihrer Eheverhältnisse gerichtet gewesen.

164.

Wirkung der Ehegemeinschaft außer dem Staatsgebiet.

Daß eine Fahrnißgemeinschaft auch die außer dem Staatsgebiet gelegene Fahrniß ergreifen könne, daran zweifelte vorhin niemand, weil die fahrende Habe immer nach den Rechten des Wohnsizes gerichtet ward; auch gab man zu, daß ein auf die auswärtige Liegenschaft ausdrücklich mit gerichtetes Geding, diese in die Gemeinschaft ziehen könne. Ob aber eine Verehlichung auf das Gesez, da wo dieses eine allgemeine Gütergemeinschaft zur Folge gibt, auch auswärtige Güter umfasse, darüber war Streit. Die gemeinere Meynung, die Weyer de comm. bon. inter conjuges P. 1. Th. 7. mit vielen Zeugnissen der Rechtsgelehrten unterstüzte, duldete jene Erstreckung nicht, für deren Statthaftigkeit hingegen Lang von der Gemeinschaft der Güter, Hptst. 4. §. 11. mit schwan-

kenden Gründen focht. Jene Rechtsgelehrten stützen sich auf den Grundsaz, daß die Liegenschaften stets nach dem Gesez des Staats, in welchem sie liegen, beurtheilt werden müßten, und das Gesez eines andern Staats sie, als nicht in seinem Rechtsgebiet liegend, nicht ergreifen könne. Wäre jener Grundsaz anwendbar, den auch der Code Napoleon ausspricht, indem er befiehlt Liegenschaften, auch jene die Ausländer besizen, in allen Fällen nach dem inländischen Gesez zu richten, Sz. 3., so wäre ihre Meynung auch für das neue Recht klar entschieden. Mit dem Gegengrund wäre nicht auszureichen, daß jedem erlaubt sey, durch Verträge seine Liegenschaften zu veräussern, und in eine ausländische Gemeinschaft abzugeben, daß dieses Nemliche durch eine Ehe auf gesezliche allgemeine Gütergemeinschaft stillschweigend geschehe, daß daher ein solcher stillschweigender Vertrag eben so gültig seyn müsse. Wer fühlt nicht hier gleich den Unterschied: der ausdrückliche Veräußerungs- oder AbgabsVertrag muß bey dem Ortsgericht der gelegenen Sache zu Buch getragen werden, dabey wird also kein fremdes, sondern lediglich das Landesrecht auf die Liegenschaften angewandt: daraus folgern zu wollen, daß nun auch stillschweigend durch die anderwärts geschlossene Ehe mittelst Anwendung des dortigen Rechts jene stillschweigende nicht zu Buch kommende Veräußerung gültig geschehen könne, ist kein bündiger Schluß. Unbillig würde es indessen seyn, jene Meynung nicht anzunehmen, darinn hat Lang ganz recht, weil dadurch der Rechtsstand der Ehe ungleich würde, indem der eine Ehegatte, dessen Güter im Land liegen, alles, und der Andere, dessen Güter außer Lands liegen, nichts

vom Seinigen dagegen in die Gemeinschaft einwerfen würde. Aber eben diese Bemerkung muß uns zu dem richtigen Gesichtspunkt leiten. Verordnungen, wornach Liegenschaften geachtet werden sollen, können keine andere seyn, als diejenigen, welche wegen der Liegenschaften gegeben sind, das heißt, solche die den Rechtsstand und die Rechtsgeschäfte der Liegenschaften bestimmen sollen. Dahin gehören niemals solche Gesetze, welche ganz etwas Anderes bestimmen, das nur zufällig auch Liegenschaften zum Gegenstand haben kann. Die Bestimmung der allgemeinen Ehegemeinschaft ist in doppelter Hinsicht von dieser Art, einmahl darum, weil sie selbst die Nemliche bleibt, ob in dem Vermögen, das sie umfaßt, Liegenschaften sind oder nicht, daher offenbar es in Bezug auf sie ganz etwas zufälliges ist, wenn in der Gesammtheit der Sachen, die sie umfaßt, dergleichen sich befinden. Nur die Gesammtheit umfaßt sie, ohne Rücksicht welcher Eintheilung die darinn befindlichen Sachen angehören, und diese Gesammtheit ist durchaus etwas persönliches, weil nur durch den Begriff der Angehörigkeit an eine bestimmte Person, der Inbegriff des Vermögens erkennbar wird, Erl. V. §. 668. Zum andern ist darum jenes Gesez über Liegenschaften hieher nicht zu erstrecken, weil die Ehegemeinschaft mit allen ihren Folgen eine Sache ist, die von dem Daseyn und der Gültigkeit der Ehe abhängt, und mit ihr steht und fällt. Ist sie also als Nebensache von dieser anzusehen, und ist diese hinwiederum etwas, was den bürgerlichen Stand der Personen betrifft, von welchem Sz. 3. bestimmt ordnet, daß die Gesetze, welche den Zustand der Personen bestimmen, sich auf die Inländer

Digitized by Google

selbst alsdann erstrecken, wenn sie im Ausland sich aufhalten. So ist damit klar entschieden, daß die Gemeinschaft der Ehe auch auf alles, irgendwo außer dem Staat gelegene Vermögen der Eheleute sich erstrecken dürfe. Der Staat der — sey es ein für allemahl durch seine Staatsgeseze oder im einzelnen durch Heyrathsbewilligungs-Scheine — seinen Unterthaninnen erlaubt, sich selbst einem fremden Mann zu eigen hinzugeben, der kann ihnen nicht wehren, daß sie ihm mit ihrer Person auch ihr Vermögen zubringen. Der kann wenn er will, verlangen, daß sie die Liegenschaften als Ausländer nicht beybehalten, sondern veräußern: aber so lang er sie ihnen läßt, kann er nicht hindern, daß sie mit der Eigenthümerin in die Hand des Mannes übergehen, und daß in dieser ihr Werth nach jenen Eheverfassungsgeseze gerichtet werde, welchen der Mann unterliegt.

165.

Einfluß der Ortsveränderung auf Ehegemeinschaften.

Ob jemand, der nicht in bewidmeter Ehe lebt, sondern sich lediglich auf den Landsbrauch geheyrathet hat, mit Veränderung des Landes auch seine ehrliche Vermögens-Verhältnisse ändere, dieß war eine unter den Rechtslehrern vorhin sehr bestrittene Frage. Struben IV. 20. Im gemeinen Leben war sie es weniger, weil fast niemand daran dachte, wenn eine Ehe angesessener Personen aufgelöset wurde, nachzufragen, wo sie geschlossen worden sey, sondern jeder

mann nach den Rechten des Orts, wo sie aufgelöset ward, zu theilen pflegte. Diese leztere Ansicht hat nun auch den Beystand unseres neuen Landrechts vor sich. Denn dieses sagt, daß Gesezze die eine fortwährende Reihe von Handlungen bestimmen, jene Handlungen nicht mehr ergreifen, wozu der Fall erst nach Endigung ihrer Herrschaft entsteht, Sz. 2 h., woraus die Folge hervorgeht, daß gar wohl ihrenthalber eine Aenderung bey Veränderung des Gesezgebiets vorgehen könne, ohne daß dieses eine verbotene Rückwirkung sey, Erl. I. S. 28. Das erste Einführungs-Edikt Art. XII. §. 2. hat verordnet, daß selbst alle im Land vor der Zeit des neuen Landrechts eingegangene Ehen von einem bestimmten Tag an, nach der landrechtlichen Regel gerichtet werden sollen, wenn sie nicht vor jenem Tag durch Eheverträge bestimmt eine andere Regel für sich bedingen, und hat deswegen das Verbot während der Ehe die eherechtliche Verhältnisse nicht zu ändern, für diesen Fall aufgehoben, Art. XII. §. 4. Freylich ist damit der bestimmte Fall nicht entschieden, wie es mit späterhin einziehenden Eheleuten zu halten sey. So viel aber ist doch bestimmt ausgesprochen, der Gesezgeber will nicht daß nach alten geschriebenen oder ungeschriebenen Regeln, sondern allein nach Verträgen oder nach dem Landrecht die ehelichen Vermögensverhältnisse beurtheilt werden sollen, Sz. 1390.; er will dieses auch selbst in Bezug auf Ehen, die vor der Gesezherrschaft des Landrechts geschlossen worden sind, und er will, daß desfalls eher von dem Verbot der Heyrathsverträge während der Ehe, als von jener Unterwürfigkeit unter die landrechtliche Regel der Ehverhältnisse

abgegangen werde. Geist der Gesetze und Rechtsähnlichkeit, diese gültige EntscheidungsQuellen, stimmen also dahin überein, die Ueberziehung ins Land, ohne Nachholung eines Heyrathsvertrags für eine stillschweigende Unterwerfung unter die landrechtliche Verhältnisse anzusehen. Nur dient dieser Geist der Gesetze noch nicht eine Frist zu bestimmen, da das EinführungsEdikt keine Frist sondern einen bestimmten Tag aussprach; das was hier für alle Unterthanen ausgesprochen wurde, die man unmöglich alle auf einmahl aufrufen konnte, in kurzer Zeit Aenderung zu machen, weil es sonst eine wahre Ueberladung derjenigen Stellen, die die Eheverträge auszufertigen haben, nach sich gezogen haben würde, kann nicht zur Rechtsähnlichkeit dienen für die Ueberzüge der Personen aus dem Ausland, die nach und nach geschehen, und keine Ueberladung der Dienststellen durch Aenderung ihrer Heyrathsverträge herbeyführen können. Aber eine andere Gesetzstelle gibt uns nicht allein für obige Entscheidung wegen der Eheverhältnisse, sondern auch wegen der dabey zu beobachtenden Frist die Rechtsähnlichkeit. Im Großherzogthum Baden ist nemlich wegen Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen die Regel festgestellt, die Kinder folgen dem Vater, es ist aber auch erlaubt durch Eheberedungen Aenderung dieser Regel zu bedingen, nur muß es — gerade wie bey den ehelichen VermögensVerhältnissen auch — vor der Ehe geschehen, und darf in der Ehe nicht weiter geändert werden. Diese im ersten KonstitutionsEdikt ausgesprochene Regel, die außer der gesetzlichen Kraft, die sie durch Einverleibung in ein KonstitutionsEdikt hat, s. I. Einführ. Ed. Art. XVIII., noch

durch nahmentliche Rückbeziehung darauf im Landrecht Sz. 203 a., doppelt verbindlich geworden ist, enthält dort namentlich auch die Ausnahmen: „Ehegatten, die aus dem „Auslande einwandern, können im ersten Jahr ihres hier„lands angenommenen Staatsbürgerrechts noch alles jenes „über Erziehung ihrer Kinder bedingen, was sie hätten be„dingen dürfen, wenn sie sich erst in solchem Jahr im Land „geheyrathet hätten; im Unterbleibungsfall werden ihre „kirchlichen Eherechte lediglich nach dieser Konstitution beur„theilt.“ Hier ist klar ausgesprochen, daß ein Jahr diejenige Frist sey, die der Gesezgeber einwandernden Eheleuten gönnt, um die Eherechte des Landes kennen zu lernen, ihren Einfluß auf sich zu beurtheilen, und ihn gutfindenden Falls durch Verträge zu hindern, auch da wo sonst ändernde Verträge nicht erlaubt wären. Diesemnach, wo im ersten Jahr der Einwanderung die Ehe aufgelöset wird, ist sie noch nach dem Recht der verlassenen Heymath, späterhin aber in Ermanglung eines Vertrags lediglich nach dem gemeinen Recht des Landes, Sz. 1393., zu beurtheilen.

166.

Aenderung der Gemeinschaft durch Eheverträge.

Vorhin ist jeweils in denen Landen, wo Gütergemeinschaft die Regel ist, Frage entstanden, ob diese an sich vor Eingang der Ehe erlaubte Aenderung der gesezlichen Regel den Gläubigern als Dritten zum Nachtheil gereiche, wenn

die Eheverträge nicht öffentlich bekannt gemacht worden seyen. Die beliebtere Meynung war die bejahende, sobald nur die Eheverträge vor der Obrigkeit errichtet worden, weil alsdann jeder fürsichtige Gläubiger im Stande gewesen, davon sich Kenntniß zu verschaffen, Puffendorf Animadv. 56. Diese Ansicht ist in unserem Recht ebenfalls die richtige. Das Gesez indem es einestheils alle Eheverträge für unkräftig erklärt, die nicht vor Staatsschreibern errichtet worden, Sz. 1394, und anderntheils verordnet, daß so oft Nebenverträge gemacht werden, diese dem Hauptvertrag untrennbar angehängt, und keine Abschriften, als solche welche beede zugleich enthalten, gegeben werden sollen, widrigenfalls sie Dritten unschädlich sind, Saz 1367., sorgt genugsam daß Gläubiger die fürsichtig seyn wollen, die eheliche VermögensVerhältnisse ihres Schuldners erfahren können, gibt aber auch dadurch, daß es diejenige, die in obiger Form gefaßt sind, als gegen Dritte mithin gegen Gläubiger, wirksam erklärt, ohne dazu eine weitere Bekanntmachung zu erfordern, hinlänglich zu erkennen, daß es diese dazu nicht für nöthig angesehen wissen wolle. Vollends klar wird dieser Wille durch Vergleichung mit dem Handelsrecht, wo in Bezug auf Handelsleute eine solche weitere öffentliche Bekanntmachung besonders geordnet wird, A.Sz. 67. und 68., mithin außer diesem nicht Regel seyn kann.

167.

Prozeßbefugniſſe des Mannes über Frauengut.

Das Frauengut theilt ſich in Heyrathsgut und Beybringen. Das Heyrathsgut hat der Mann als Gemeinſchaftsgut, wenn eine Gemeinſchaftsehe eingegangen iſt, oder außer dem für ſich, als Nuznießung, Sz. 1562., nicht mehr wie ehemals als Eigenthum. Indeſſen hat ein Nuznießer die Pflicht für Erhaltung der Sache in unverändertem Stand und Weſen zu ſorgen, Sz. 578.; aus dieſer folgt a.) das Recht die desfalls nöthigen Prozeſſe zu führen, wegen deren jedoch b.) er ſobald ſie den Genuß gar nicht, ſondern bloß das Eigenthum betreffen, die Koſten dem Grundeigenthümer ſeiner Zeit aufrechnen darf, Sz. 609. und 613., und c.) den lezteren von den entſtehenden Streitigkeiten benachrichtigen muß, wenn er von dem allein geführten Streit nicht die Nachtheile, die dem Eigenthümer zugehen, tragen will, Sz. 614. Von dieſen Folgerungen kommt zu a.) das Prozeßführungsrecht dem Mann bey dem Heyrathsgut auch zu gut, da der Sz. 1549. beſtimmt ihm allein das Recht gibt, die Schuldner und Beſizer deſſelben zu belangen; zu b.) mit der Koſtentragung geht es nach obigem Recht nicht nur in NichtgemeinſchaftsEhen aller Art, wo ſolches gar keinen Zweifel leidet, ſondern ſelbſt in GemeinſchaftsEhen wo man zwar verſucht werden könnte, ſie zu den Gemeinſchaftslaſten zu rechnen, wo jedoch der Sz. 1409. und 1437. ſie beſtimmt dem beybringenden Eigenthümer zur einſtigen Vergütung vorbehält, da er nur jene

Digitized by Google

die dem Nuznießer obliegen, für Gemeinſchaftslaſt erklärt, hingegen zu c.) eine BenachrichtigungsSchuldigkeit gegen die Frau iſt wegen deren mangelnder Rechtsmächtigkeit und des Mannes Ehevogtey nicht geordnet und nicht thunlich, eben deswegen aber auch die beſondere Entſchädigungspflicht für jede durch des Mannes Nachläßigkeit entſtandene Verſchlimmerung auferlegt.

Das Beybringen der Frau kann in der ehelichen Verfaſſung einen dreyfachen Stand haben, je nachdem es Gemeinſchaftsgut geworden iſt, oder Nuznießungsgut, oder Sondergut. Das Gemeinſchaftsgut, das nemlich zu Eigenthum in die eheliche Gemeinſchaft gefallen iſt, vertritt der Mann vor Gericht unſtreitig allein, da er alle VerfügungsGewalt darüber ſelbſt bis zur Veräußerung hat, Sz. 1421., und die Gemeinſchaft als Eigenthümerin muß auch die Prozeßkoſten tragen, Sz. 1409. Abſ. 2. Das Nuznießungsgut, es mag nun die Nuznießung bey GemeinſchaftsEhen der Gemeinſchaft, oder bey NuznießungsEhen dem Mann zufallen, iſt durchaus nach den nemlichen Regeln zu richten, wie das Heyrathsgut, weil auf dieſem der Mann auch ſeine Rechte aus der Nuznießungsbefugniß hat, Sz. 1428. vergl. mit 1531. 1533. Das Sondergut, dem auch das zugebrachte Gut in bewidmeten Ehen gleich iſt, Sz. 1539. vergl. mit 1578., bleibt der Frau zum Genuß und zur Verwaltung, Sz. 1536. und 1576. Sie kann es auch, wiewohl nur mit Bewilligung des Manns oder des Gerichts, vor Gericht vertreten, Sz. 1576. Der Mann, auch wenn ihm die Frau die Verwaltung überläßt, hat nur Rechte des Gewalthabers, Sz. 1577., mithin kein eigenes Vertretungsrecht ihrer Prozeſſe; auch ein übertragenes könnte er

aus einer, wie gewöhnlich stillschweigenden Ueberlassung der Verwaltung vor Gericht nicht einmahl zu führenden Prozessen geltend machen, obwohl deren Führung sonst zu den Verwaltungshandlungen gehört, und sobald sie liegenschaftliches Gut betreffen, würden sie als nicht zu Verwaltungshandlungen gehörig, Sz. 464. 482., ohnehin nicht unter seinen Gewaltskreis fallen, Sz. 1988. Die Frage: ob eine gegen den Mann ergangene Urthel über zugebracht Gut auch die Frau verbinde, wie Hommel Obs. 288. behauptet, oder ob die Gläubiger um dessen sicher zu seyn, die Frau müßten beyladen lassen, wie Berger Oec. Jur. L. 1. T. 3. Th. 10. angibt, ist hiermit bey uns nicht mehr strittig: im Nuznießungsbeybringen bindet des Manns Prozeß die Frau und jede Beyladung findet nicht statt; nur freywillig kann nach Badischem Recht die Frau beyzutreten verlangen, die dem Mann die Führung allein nicht anvertrauen will, Sz. 1428 a. In Sondergutszubringen aber kann der Mann ohne Mitbewilligung der Frau gar nicht als streitbefugt angenommen werden.

168.

Recht der EhesteuerZusagen in Ganten.

Nach römischem Recht konnte nicht allein der Schwiegersohn, sondern auch die Tochter, selbst, wenn ihr die Ehesteuer mit geschenkt war, den zugesagten Brautschaz aus der Gantmasse des Zusagenden fordern, nur mußte leztere die Rückgabe an den Gläubiger nach aufgelöster Ehe versichern, wenn die Bestellung zur Gefährde der Gläubiger

geschehen wär. Beede hätten auch dafür ein Unterpfandsrecht auf die Güter desjenigen, der die Zusage gethan hätte, Puffendorf T. I. Obs. 66. Das leztere fällt im französischen Recht weg: denn dieses gibt nach Saz 2121. und 2135. nicht dem Heyrathsgut, als solchem und überall, sondern nur dem weiblichen Ehesteuer-Beybringen auf den Gütern des Mannes ein Unterpfand; daher kann auf den Gütern des Gebers, für dessen Auszahlung, keines statt finden. Ob hingegen eine Ehesteuerzusage a.) die noch in guten Umständen geschah, oder b.) zwar während dem Vermögenszerfall aber ohne gefährdende Absicht, oder endlich c.) die in solcher Zeit mit einem nur einseitigen Vorsaz der Gefährde geschah, aus der Gantmasse gefordert werden könne, dieses wird sehr scheinbar bestritten, und zwar aus folgenden Gründen: 1.) Jede solche Zusage, selbst wenn sie von Eltern geschah, als die keine Aussteuerpflicht mehr haben, Sz. 204., ist ein Geschenk, vergl. Sz. 1081., Geschenke aber könnten nur aus eigenem Vermögen geschehen, nicht auf fremden Beutel, Sz. 1438. 1480. 2.) Der Sz. 1541. erklärt bey der Frau alles was sie sich aussezt, hingegen bey Andern nur das, was sie der Frau geben, für Aussteuer, woraus zu schliessen, daß diese für vollständig zu Stand gekommen, nicht gelten solle, wenn sie noch nicht abgeliefert sey, mithin gegen die Gläubiger nicht gefordert werden könne. 3.) Sey es allemahl eine durch Saz 1167. verbotene Handlung, zum Abbruch der Rechte der Gläubiger, wenn diese eine Schenkung zahlen lassen sollen, da, wo sie ganz oder zum Theil ihr eigenes Geld nicht wieder bekommen. 4.) Seye im Land-Recht A. Sz. 232. gemäß dem französischen Handelsrecht gesagt, daß die Frau kein Klagrecht gegen die Schuldmasse

auf die ihr durch den Ehevertrag zugesicherten Vortheile habe, woraus, wo nicht folgerichtig doch rechtsähnlich, zu schließen sey, daß auch kein Klagrecht auf Heyrathgut wider eine solche Masse statt finde. Allein zu 1.) ganz ein anderes ist es, ob man aus fremdem Vermögen eine Schenkung bezahlen wollte, z. B. hier aus dem, was die Gantgläubiger noch in ihrem Beutel haben, dieses bliebe freylich jederzeit unrecht; und wieder ganz ein Anderes, ob nicht derjenige der eine Forderung aus SchenkungsTiteln hat, ebenso gut auf das Vermögen der Gantmasse zuzulassen sey, als der wer eine Forderung aus Kauf, Darleihen, oder andern Rechtstiteln hat. Hier hat Einer wie der Andere ein bürgerlich klagbares Forderungsrecht, und Einer wie der Andere macht es nicht auf seines Mitgläubigers Miteigenthum geltend, sondern auf das Eigenthum des gemeinschaftlichen Schuldners, das durch die Abtretung niemals in das Eigenthum der Gläubiger übergeht, Sz. 1269., wo denn offenbar dem, der rechtsmächtig ist, nicht gewehrt seyn kann, Forderungen gegen sich so gut durch Freygebigkeit als durch belastete Verträge zu begründen. Bey Aussteuern kommt noch das hinzu, daß nicht nur der Schwiegersohn, sondern selbst die Tochter sagen können, sie würden nicht geheyrathet, und damit die Lasten der Ehe nicht übernommen haben, wenn nicht die nach Sz. 1540. eben zu deren Bestreitung unter die Rechtswesen aufgenommene Sezung eines Brautschazes erfolgt wäre, weshalb diese in Bezug auf jeden von beeden Ehegatten als ein belasteter Vertrag angesehen werden müsse, wofür ihn auch Saz 1547. vergl. mit Saz 952a. deutlich bezeichnet. Zu 2.) das Wort: geben, ist gleich dem im Grundtext stehenden Ausdruck: donner,

von

von engerer und weiterer Bedeutung; in jener bezeichnet es die Ueberlieferung in Gewahrsam, in dieser aber die Begründung eines Forderungs- oder Anspruchs-Rechts auf eine Sache auf die man vorher keines hatte; in ersterem ist freylich die bloß zugesagte Ehesteuer noch nicht gegeben, ehe sie bezahlt ist, aber im lezteren Sinn ist sie es schon vorher, sobald eine gültige Zusage erfolgt ist. Daß hier der leztere Sinn im Gesez gemeynt sey, ergibt sich einestheils aus einer Seitenstelle im Sz. 1440., welche von Zinsen des gegebenen Heyrathsguts, die der Geber bis zur Zahlung zu leisten habe, spricht, und damit das Geben klar, auf noch unerfüllte Zusagen mit ausdehnt, andern-theils daraus weil die EhesteuerZusage Zinsenlauf begründet, Sz. 1548., welches in Bezug auf Dritte nicht seyn könnte, wenn bey ihnen das Ueberliefern erst ein solches Geben wäre, welches eine EhesteuerVerbindlichkeit erzeugte. Ist sie aber verbindlich, so muß sie es gegen die den Gläubigern abgetretene Vermögensmasse des Schuldners so gut bleiben, als sie es gegen den Schuldner war. Weiter zu 3.) wie weit sie als zum Abbruch der Rechte der Gläubiger gereichend anzusehen sey, darüber läßt sich nur nach Unterschied der oben a—c. erwähnten drey Fälle, antworten. Da wo zu a. die EhesteuerZusage schon vor dem Daseyn einer Gantmäßigkeit geschah, läßt sich dieses einmahl gewiß nicht sagen. Denn erfolgt der Vermögenszerfall aus einer spätern Vermögensverminderung, so ist dieses ein Zufall, der alle Gläubiger gleich trifft, mithin den Ehesteuer-Gläubiger nicht mehr und nicht weniger Abbruch thut, als den andern; entsteht er aber aus späteren Schulden-Vermehrungen, so würde, wenn man ja dieses allein für

einen Abbruch anziehen könnte, daß die Zahlung des Einen die Mittel zu Zahlung eines früheren Gläubigers schmälert, (wie doch nicht ist,) dieser Vorwurf nicht den EhesteuerGläubiger treffen müssen, sondern die späteren, welcher Art sie auch seyen. Zu b.) wo die EhesteuerZusage erst während dem Daseyn der Gantmäßigkeit erfolgte, doch ohne Gefährde, da ist im Gesezbuch kein Grund angegeben, warum sie anders als wie jede andere ohne Gefährde entstandene Schuld behandelt werden dürfe. Hiernach würde zwar eine reine Schenkung, welche in den nächsten zehn Tagen vor förmlichem Ausbruch der Gant gemacht worden nichtig seyn; aber jede ältere Schenkung, und jede belastete Gabe, wohin obgedachtermaßen auch der Brautschaz gehört, würden Kennzeichen einer Gefährde tragen müssen, um nichtig erklärt zu werden, A. Sz. 211. vergl. mit A. Sz. 1 b. Eben darum aber würden zu c.) alle jene, welche auch nur eine einseitige Gefährde des Schuldners im Geleit haben, mangelhaft seyn, so gut als wenn eine Gefährde derjenigen, denen der Brautschaz versprochen ist, und die also dabey Vertragspersonen mit sind, neben einläuft, A. Sz. 212. Was endlich zu 4.) die Versagung eines Klagerechts der Frau gegen die Schuldmasse auf die Ehevortheile betrifft, so liegt der Grund hiervon nicht darinn, als ob Schenkungen gegen eine Gantmasse nicht klagbar seyn sollten, sondern darinn, weil der Namen Ehevortheile nur jene Zusagen umfaßt, welche auf den Fall der Trennung der Ehe geschehen, Sz. 300., Erl. III. S. 400., diese aber allemahl nur bey einer Ehetrennung durch Tod, und zwar nur dem anfallen, der den Andern überlebt, und niemals gefordert werden können, wenn bey Lebzeiten dessen, der den Ehevor-

Digitized by Google

theil aus seinem Vermögen zu leisten hat, eine Vermögens-Absonderung eintritt, Sz. 1452., weil folglich durch eine Gant bey Lebzeiten des einstmaligen Schuldners solcher Ehevortheile die Bedingung zu deren Forderung noch gar nicht eingetreten ist. Der Fall dieser Zusage hat gar nichts rechtsähnliches mit dem einer Ehesteuerzusage, deren Erfüllung durch die Schließung der Ehe bedingt wird, Sz. 1088., und wo folglich, sobald diese geschlossen ist, das Forderungsrecht unbedingt wird, und man kann nimmermehr sagen, weil ein Gesez verbietet jenes einstmahlige noch schwebende Recht der Ehevortheile gegen die Gantmasse des Schuldners auszuklagen, so müsse es auch verbieten gegen solche das wirkliche und unbedingt gewordene Recht auf eine Ehesteuer einzuklagen.

169.

Zusage einer Aussteuer als etwas in der Gattung bestimmtes.

L. hatte der M. auf den Fall wenn sie sich heyrathen würde, eine Aussteuer vermacht, und dem P. den nöthigen Hausrath. Der Erbe des L. wollte keines von beeden Vermächtnissen gelten lassen, weil sie in ihrem Gegenstand unbestimmt seyen, und bloß durch richterliche Willkühr eine Bestimmung erhalten könnten, welcherley BestimmungsRecht das Justinianeische Recht, wenigstens bey Verträgen, nicht zugelassen habe, Leyser XL. 1., wie sie auch das Napoleonische nicht zuläßt, Erl. III. S. 491., und welchem bey Schenkungen von Todeswegen die Rechtslehrer nur aus allgemei-

Digitized by Google

nen nicht in Gesezen hinlänglich festgestellten Gründen statt gegeben hätten, Struben V. Bed. 49. Der Code Napoleon läßt inzwischen als Gegenstand der Verbindlichkeit jede Sache gelten, die wenigstens der Gattung nach bestimmt ist, und deren Betrag zu bestimmen, es Mittel gibt, Sz. 1129., d. h. andere Wege als eine schrankenlose richterliche Willkühr, Erl. III. S. 44. Dieses Gesez steht zwar im Abschnitt von Verträgen und VertragsVerbindlichkeiten: so wie aber jede lezte Willensverordnung durch die Erbschaftsantretung des Erben zu einer VertragsVerbindlichkeit kraft Halbvertrag erwächst, Sz. 1100 de., und alles was auf eine einseitige WillensErklärung gesagt oder anwendbar ist, auch den lezten WillensErklärungen zukommen muß, wo ihnen das Gesez nicht abweichende Vorschriften gibt, Sz. 1100 da., db.; so leidet jene Regel über die Natur der VertragsVerbindlichkeiten ihre richtige Uebertragung auf Vermächtnisse. Vergebens ward hiernächst behauptet, daß durch obgedachte beede Benennungen nicht einmahl Gattungssachen angegeben seyen. Freylich keine körperliche GattungsEintheilung ist angegeben, wie wenn Frucht oder Pferde genannt wären, aber eine unkörperliche Gattung, eine Gattung rechtlicher Art, ist allerdings genannt, wenn man Hausgeräthe nennt, oder Aussteuer. Jener Begriff hat seinen gesezlichen Umfang, Sz. 533., und der lezte hat den seinigen durch die Sitten, welche, indem sie die Ehesteuer in Heyrathsgut und Aussteuer eintheilen, unter ersterem das Beybringen in Geld und Liegenschaften, und unter lezterer diejenige Fahrniß verstehen, welche die Frau dem Manne zu ihrer Bekleidung und zu Einrichtung des Hauswesens mitbringt. Durch

eben diese Begriffe ist auch der Weg hinlänglich angegeben, um die körperlichen Gattungen oder einzelne Stücke zu bestimmen, welche zu dem einen oder andern Begriff gehören. Den Betrag aber kann jeder Orts- und SittenKundige bestimmen, der das Vermögen dessen kennt, der verbindlich ist, und den Stand dessen, dem die Aussteuer oder der Hausrath werden soll: es ist mithin dabey keine schrankenlose Willkühr des Richters zu fürchten, sondern jener Schäzungsweg anwendbar, durch welchen auch anderwärts im Recht oft und viel der Betrag einzelner Verbindlichkeiten bestimmt werden muß, wie das z. B. bey Entschädigungen fast allemahl der Fall ist.

170.

Recht der EhesteuerZinsen.

EhesteuerZinsen, die der Mann bey seinem Leben nicht einforderte, können nach seinem Tode von seinen Erben nicht erst gefordert werden, so lehrt Carpzov II. Const. 42. Def. 22. Wenn er diesen Saz von Zinsen meynte, welche vor Zahlung der Ehesteuer aufschwellen, bey Zahlung derselben vom Mann nicht gefordert wurden, und nun erst nach Auflösung der Ehe von den Erben nachgefordert werden wollen — welchen Fall er, obwohl sein Ausdruck auf ihn nicht gerichtet ist, vor Augen gehabt zu haben scheint — alsdann hat seine Lehre noch jezt vollkommnen Grund, aber sie darf alsdann nicht bloß auf die Erben bezogen werden, sondern gilt schon zuvor dem Mann selbst, der die Ehesteuer ohne Vorbehalt annahm, wegen des Saz 1908., welcher

Digitized by Google

gebietet, daß die Quittung für einen Hauptstuhl ohne Vorbehalt der Zinsen, die Vermuthung begründe, es seyen die Zinsen gezahlt, und Entledigung von denselben bewirke. Indem nemlich lezterer Zusaz der Zinszahlung die Klagbarkeit entzieht, wegen welcher jene Vermuthung eintritt, erklärt derselbe daß dawider kein Beweis statt finde, Sz. 1352., er erklärt solche Vermuthung damit für eine geseslich gebietende, (praesumtio juris et de jure.)

Wenn aber jene Lehre auf eine bloße Nichtzahlung der Zinsen von einer immerfort ausständig gebliebenen Ehesteuer bezogen wird, dann kann sie in jeziger Rechtsverfassung nicht statt finden. Zwar scheint es sehr erheblich, wenn man ihr zu gut anführt: a.) die Zinsen gehörten kraft Zuwachsrechts dem Eigenthümer, Sz. 547., und bey veränderter Inhabung der Sache folgten sie gleich hängenden Früchten der Eigenthumsberechtigung, Sz. 585., folglich nach einmahl zurückgefallenem Ehesteuerrecht könnten die nicht bezogenen Zinsen nicht weiter gefordert werden; b.) auch als Zinsen betrachtet sey ihre Bestimmung die Tragung der Lasten der Ehe, Sz. 1540., weswegen sie weder vom Tag der Eheberedung oder der Verfallzeit an, wie bedungene Zinsen, noch von der Mahnung an, wie Verzugszinsen, sondern vom Tag der geschlossenen Ehe an, zu zahlen seyen, Sz. 1548.; da nun durch Auflösung der Ehe dieser Forderungstitel erlösche, so falle auch eine spätere Forderung weg; c.) der Sz. 1569. sage: die Erben der Frau dürften nach zehen Jahren den Empfang der Ehesteuer gegen den Mann nicht mehr beweisen: dieses könne nun von einer inzwischen von dem Geber fortverzinsten Ehesteuer nicht gemeynt seyn, weil hier die jährliche Zinszahlung die jedesmahlige Anerkennung der

noch nicht geschehenen KapitalZahlung mit sich führt: sey es aber von solchen zu nehmen, wovon keine Zinsen inzwischen gezahlt worden sind, so scheine es zu beweisen, daß wenigstens bey einer zehnjährigen Dauer einer Nichtforderung die Nachforderung der Zinsen nicht statt finde, weil sie da nicht gedenkbar ist, wo der Hauptstuhl für abgelöset gilt; endlich d.) sage Sz. 1549. deutlich, der Mann allein habe das Recht, die Früchte und Zinsen von der Ehesteuer zu erheben, welches auf ein streng persönliches Recht zu deuten scheint, das auf Erben nicht übergeht. Inzwischen die allgemeine Regel ist, daß verfallene Vertragsforderungen auf Erben übergehen, Erl. III. S. 34. Diese muß auch auf EhesteuerZinsen angewendet werden, wo nicht eine unbestrittene Ausnahme durch ein Gesez begünstigt ist. Für Ausnahmsbegründend gilt zu a.) die Lehre vom Zuwachs der Früchte nicht; denn obwohl die Zinsen bürgerliche Früchte sind, so werden sie doch nicht, so lang sie ausstehen, für hängend geachtet, sondern gelten Tag für Tag für bezogen, Erl. I. S. 410. und 475., daher bey veränderter Eigenthumshand die früheren stets dem vorigen berechtigten Genießer bleiben, Sz. 586., wie dann ebenso die Zinsen des Heyrathsguts erst vom Tag der Auflösung an, auf die neue Hand übergehen, Sz. 1570.; somit kann nie den Erben der Frau ein Anspruch auf die früher verfallenen vom Mann in Ausstand gelassenen Zinsen zukommen, sie müssen deswegen nothwendig dem Mann oder seinen Erben bleiben, so lang sie unverjährt sind; zu b.) die Auflösung einer jeden Ehe als des Bezugstitels der Zinsen, geschieht nur vorwärts (ex hunc), aber nicht rückwärts (ex tunc), selbst dann nicht, wenn sie zernichtungsweise erfolgt, Sz. 201.,

Digitized by Google

Hommel Rhaps. Obs. 555., mithin bleiben alle vorherige Wirkungen derselben, mit ihr auch jenes Zinsrecht der Ehesteuer, dadurch ungeschwächt; zu c.) der zehnjährige Zinsausstand wirkt wohl eine Vermuthung der Zahlung, die aber nur gesezlich belehrend ist: indem nun wider sie ein Beweis der Nichtzahlung oder des fortdauernden Ausstands des Hauptstuhls statt findet, so liegt hierinn noch weniger irgend ein Grund, wodurch dargethan werden könnte, daß wenn dieser Beweis hergestellt wird, nicht mit dem Hauptstuhl auch die noch unverseſſenen Zinsen gefordert werden dürften; endlich zu d.) muß man merken, daß das Kapitel von der bewidmeten Ehe im ersten Abschnitt von Sezung der Ehesteuer, im zweiten von des Mannes desfallsigen Rechten und Pflichten während der Ehe, und im dritten von seinen Rechten und Pflichten nach Auflösung der Ehe handelt: indem nun der Saz 1549. im zweyten Abschnitt steht, hat er gar keinen Bezug auf die Erben, als von denen erst nach Auflösung der Ehe die Frage werden kann, sondern das dort ausgesprochene Alleinrecht des Manns ist wie der Zusammenhang klar ausweiſet, im Gegensaz gegen die Rechte der Frau ausgesprochen, anzudeuten, daß diese kein Mitbezugsrecht habe, nicht im Gegensaz gegen die Erben, um den Bezug für streng persönlich zu erklären.

171.

Früchte zurückgefallener ehelicher Grundstücke.

Der Code Napoleon Sz. 1571. sagt: bey erfolgter EheAuflösung werden die Früchte der ehesteuerlichen Grundstücke

nach Verhältniß der Zeit, welche die Ehe im lezten Jahr bestanden hat, unter dem Mann und der Frau oder ihren Erben getheilt; daher wollte das Gleiche auch auf den Fall der Auflösung einer GemeinschaftsEhe angewendet werden. Dieses mag in so weit angehen, als in einer GemeinschaftsEhe namentlich Heyrathsgut gegeben ist, welches nach Sz. 1440. geschehen kann, und welches alsdann, da die Rechte des Heyrathsguts nirgend anders als im Kapitel von den bewidmeten Ehen bestimmt sind, nach diesen Bestimmungen auch bey unbewidmeten Ehen zu beurtheilen ist, Sz. 1535 b. Aber in der Allgemeinheit, wornach es auf alle Liegenschaften beeder Ehegatten, deren Genuß in die GemeinschaftsEhe gebracht wird, angewendet werden möchte, findet jene Ausdehnung nicht statt. Diese Theilungsart ist eine Eigenheit der Ehesteuer, die in der Bestimmung derselben für die Lasten der Ehe ihren Grund hat, Erl. III. S. 465. Ebendeswegen kann sie auf anderes Ehevermögen nicht ausgedehnt werden; dieses besizet der Mann aus einem Freygebigkeitstitel, Sz. 1081., und seinethalben ist also kein Grund vorhanden, von der Regel abzugehen, die den Besiz der hängenden Früchte mit dem EigenthumsGenuß anfallen und rückfallen läßt, Sz. 585., zumahl da bey Fahrnißgemeinschaften die Gemeinschaft der wahre Nuznießer der Liegenschaften beeder Ehegatten ist, Sz. 1401. Abs. 2. Dieses bestätigen weiter die in leztangezogenem Gesez befindliche Worte, welche die Früchte von den Liegenschaften beeder Ehegatten der Gemeinschaft nur zusprechen, so weit sie während der Ehe verfallen oder erhoben werden: denn die bey der Auflösung hängende Früchte sind weder verfallen noch erhoben.

Digitized by Google

172.

Ehesteuer für vermögenslose Männer.

Das französische Gesez hat die Sorgfalt des römischen für Erhaltung der Ehesteuer gegen die Verschwendung des Mannes in sich aufgenommen, denn es gibt a.) dem Heyrathsgut ein sogar von der Unentbehrlichkeit der Eintragung gefreytes Unterpfandsrecht, Sz. 2121. und 2135.; b.) es erlaubt außerdem noch besondere Sicherheit durch Bürgschaftsleistung für solches im Heyrathsvertrag zu bedingen, Sz. 1530. vergl. mit 2041.; und es gestattet c.) sobald sie in Gefahr kommt auf Vermögens-Absonderung anzutragen, Sz. 1443. und 1563. Ueber die ehemals bestrittene Frage: ob jene Ehefrau auch dieser Rückforderung der Ehesteuer sich bedienen könne, welche einen dürftigen oder verschuldeten Mann geheyrathet hat, Gail II. Obs. 84., verfügt es nichts. Es sagt aber aus Anlaß der Einwerfung der Ehesteuer, eine Tochter deren Mann zur Heyrathszeit schon außer Stand war, seine Schulden zu bezahlen, auch ohne Kunst und Gewerb sich befand, die brauche eine verlorne Ehesteuer in die elterliche Theilung nicht einzuwerfen, wohl aber jene Tochter, deren Mann erst nach geschlossener Ehe zahlungsunfähig wurde, oder der, obwohl ohne Vermögen, doch mit einem dasselbe ersezenden Gewerbe versehen war, Sz. 1573. Vergleichen wir dieses mit den allgemeinen Grundsäzen, wornach dasjenige, was durch einen unvermeidlichen Zufall verschlimmert wird, der Einwerfung entgeht, Sz. 855. und 863.; so folgt aus obiger gedoppelten Verordnung, der Gesezgeber habe im ersten Fall den Verlust als einen unver-

Digitized by Google

meidlichen, in dem lezteren aber als einen vermeidlichen oder der Frau mit zur Last liegenden Zufall angesehen. Und so ist es auch; der Vater der einem zahlungsunfähigen oder gewerblosen Mann eine Tochter mit einem unversicherten Heyrathsgut gibt, der muß darauf rechnen, daß solches zum Unterhalt der Ehe, die eine Last der Ehesteuer ist, Sz. 1540., könne und müsse angegriffen werden, er sezt solches dadurch in eine Lage, wo es nicht mehr mit einem zur häuslichen Einrichtung gegebenen, daher einen bleibenden Werth habenden, und deshalb nach Saz 851. einzuwerfenden, sondern mit einem zum Unterhalt gegebenen, also nur einen vorübergehenden verzehrbaren Werth enthaltenden, daher nicht einzuwerfenden Empfang, Sz. 852., auf gleiche Stufe zu stehen kommt, und er benimmt damit der Tochter die rechtliche Möglichkeit, die — zum Verzehren hierdurch bestimmte Ehesteuer — zurückzufordern. So oft hingegen der Mann ein Vermögen oder ein Gewerb hat, von deren Einem oder dem Andern er mit einer Familie nothdürftig leben kann — denn ein solches ist hier vermög der Worte: Gewerb, das ein Vermögen ersezt, zu verstehen — da muß nothwendig, wenn zerrüttete Vermögensumstände entstehen, und dadurch das Heyrathsguth in Gefahr kommen soll, entweder außerordentlich belastendes Unglück die Ehe treffen, das alsdann der Frau und ihrem zu Tragung der Ehelasten bestimmten Heyrathsgut mit obliegt, also mit Recht daran abgeht, oder es muß vom Mangel an Betriebsamkeit oder Sparsamkeit des Mannes herrühren, und in diesem Fall muß die Frau das Recht zur Sicherung ihrer Ehesteuer durch Zurücknahme haben, theils weil ohne sie die durch jenes Gesez als vermeidlich unterstellte Gefahr für sie unver-

Digitized by Google

meidlich ſeyn würde, theils weil die Sz. 1443. und 1563. mehr nicht für die Statthaftigkeit einer VermögensAbſonderung erheiſchen, als zerrüttete, d. h. gegen den Stand, wie er zur Zeit der Schließung der Ehe war, verſchlimmerte VermögensUmſtände und einen ſolchen Grad derſelben, wobey im Fall der länger unterbleibenden Abſonderung das Heyrathsgut mit Verluſt bedroht wird.

173.

BeſizentwährungsKlage des Verkäufers wider den Käufer.

Durch den Kauf geht zwar jezt das Eigenthum kraft Geſezes über, Sz. 1583.; aber nicht ſo Beſiz und Gewähr. Dieſe muß der Käufer durch Lieferung des Verkäufers, Sz. 1603., oder durch Einſezung des Richters, Sz. 1610., erlangen. Wer demnach ohne Wiſſen und Willen des Verkäufers eine gekaufte Sache außergerichtlich an ſich nimmt, der begeht eine Eigenmacht; iſt nun der Gegenſtand eine Liegenſchaft, Erl. I. S. 400., ſo findet eine BeſizentwährungsKlage des Verkäufers ſtatt, Sz. 544 e. Ihre Statthaftigkeit kann man zwar daher bezweifeln, weil Käufer und Verkäufer wegen der Sache in Vertragsverbindlichkeiten ſtehen, wo Beſiz und Eigenthum nicht immer ihre gewöhnliche Wirkungen hervorbringen, Sz. 544 e., wie dann ebendeswegen der Käufer die Uebergabe nicht mit der aus dem Eigenthum entſpringenden Zueignungsklage ſuchen kann, ſondern ſie mit der Vertragsklage ſuchen muß, woraus man geneigt werden könnte, zu folgern, auch der Verkäufer habe in jenem unterſtellten Fall die Beſizent-

Digitized by Google

währungsklage nicht (vindicationem possessionis), oder wenn man sie ihm zugestehe, so könne sie der Käufer als wirklicher Eigenthümer mit der Einrede des stärkeren Rechts oder Besizes niederschlagen. Allein daß der Eigenthümer sein Eigenthum gegen den Verkäufer nicht durch die Stückzueignungsklage verfolgen kann, kommt daher, weil das Gesez den Eigenthumsübergang mit der Bedingung umwunden hat, es solle Lieferung ordnungsmäßig verlangt werden, weswegen der Käufer nun die Inhabung nicht durch die Zueignungsklage, sondern durch die Lieferungsklage aus dem Kaufvertrag suchen muß: aber daß der Käufer eigenmächtig den Besiz an sich nehme, das geht aus den Vertrags-Verhältnissen nicht hervor, vielmehr ist es ihnen gerade entgegen, in dieser Beziehung stehen also beede nicht in Vertragsverhältnissen, es gibt daher keine Vertragsklage, womit dieses Unrecht gerügt werden könnte, und eben darum ist die für diese Rüge geordnete Klage, nemlich die Besizentwährungsklage, hier unverwehrt, vergl. Wernher IV. Obs. 250. Dieselbe kann auch mit einem aus dem Eigenthum hervorgehenden Einwand des stärkeren Rechts nicht niedergeschlagen werden, weil dieser in Besizwegen nicht vorgebracht werden kann, nachdem diese jezt keine solche zum Anspruchsweg gehörige Einreden mehr zulassen, Erl. I. S. 400., sondern erst nach dessen Erledigung kann er im Anspruchsweg geltend gemacht werden. Der Einwand eines stärkeren Besizes, der in diesem Besizweg wohl statt fände, kann niemals begründet werden, weil der eigenmächtig hinnehmende Käufer keine Gewähr des Besizes hat, so lang die Eigenmacht nicht versessen ist, Erl. V. §. 297., wo hingegen der Verkäufer noch in der Gewähr steht, die ihm nicht

durch den Verkauf, sondern erst durch die Ablieferung entgeht, Sz. 1604. Nur in dem einzigen Fall, wenn der Verkäufer über die Zeit und ohne rechtmäßige Ursache (die z. B. in einem Inbehaltungsrecht u. dgl. bestehen könnte,) die begehrte Lieferung versagt hätte, und der Käufer sie eigenmächtig an sich gezogen hätte, würde die in jener Versagung liegende Eigenmacht die andere wett machen, mithin diese Einrede die Entwährungsklage niederschlagen, Sz. 1148 a.

174.

Verhältniß der bildlichen zur wirklichen Uebergabe.

Als in dem oben St. 10. erzählten Fall die Frage ward, ob die bildliche Uebergabe der wirklichen im Gegenstoß nachzustehen habe, wie Leyser CCCCXLIV. Med. 4. behauptet, unterschied man, ob sie in Anwendung auf Fahrniß oder auf Liegenschaft entstehe. In ersterer Beziehung würde man das Nachstehen noch wie ehemals, obwohl aus andern Gründen, bejaht haben, nemlich wegen dem Grundsaz: Hand muß Hand wahren, Sz. 2279., wornach der jüngere wirkliche Inhaber nothwendig dem vorgehen muß, der nur in der Vorstellung eine hat, da er ja sogar dem vorgeht, der Eigenthümer ist, und da alles Recht selbst, noch vielmehr also Inhabungsrechte, mit der verlornen Inhabung verloren gehen, vergl. Sz. 2076. Dieses trägt auch der Sz. 1141. auf dem Rücken; denn wenn er sagt: der jüngere Käufer, (der also den schwächeren Rechtstitel hat) geht dem

Digitized by Google

älteren in Fahrnißstücken vor, sobald er den wirklichen Besiz hat, unerachtet doch bey Fahrnißstücken die bildliche Uebergabe ebenfalls zugelassen ist, Sz. 1606. Abs. 2 und 3., so zieht er damit in diesem Fall den wirklichen dem bildlichen vor: thut er es aber hier, so muß er ihm noch vielmehr für den umgekehrten Fall, wo der wirkliche Besizer auch den stärkeren Titel hat, folglich in allen Fällen, jenes Vorrecht gönnen wollen. Nachdem hingegen in dem Eingangs gedachten Fall die im Streit gelegene Frucht für liegenschaftlich geachtet wurde, so konnte man hier jene Ansicht nicht anwenden, sondern achtete dafür, daß bey Liegenschaften der frühere bildliche Besiz gerade so gut, als der frühere natürliche, dem jüngeren, wenn gleich natürlichen, vorgehe. Denn sobald einmahl das Gesez zuläßt, daß der Besiz bildlich übergeben werden kann, (und das thut es im Sz. 1605 — 1607., versteht sich für den Fall wo der wirkliche Besiz zur Uebergabszeit nicht in Handen eines Dritten nicht einwilligenden Inhabers steht, vergl. Saz 1690.,) so erklärt es den bildlichen damit ebensowohl als den natürlichen der Gewähr empfänglich; und das mußte es auch thun, nachdem es sogar den nur auf Rechtsdichtung beruhenden Fortbesiz des Erben der Gewähr gewürdigt hatte, Sz. 724. Sobald er aber Gewähr hat, steht ihm auch die daraus hervorgehende Entwährungsklage zu, gegen den, der sich wider seinen Willen in die natürliche Inhabung eindrängt, Erl. V. §. 314., folglich der Vorzug vor lezterem.

Digitized by Google

175.

Uebergabe durch Urkunden.

Die Uebergabe durch Urkunden ist eine ächt römische Uebergabsart, L. 1. C. de donationibus. Nicht ebenso ist es der Unterschied, den die Rechtslehre mittelst einzelner Forderungen hinzufügte, daß für die Wirkung der Uebergabe nur jene Rechts-Urkunden, wodurch der Uebergebende früher sein Recht an der Sache erlangt habe, tauglich seyen, und daß jene womit der Uebergebende sein Recht nun abgibt, dazu nicht anders taugten, als wenn sie im Angesicht der übergebenen Liegenschaft gegeben werden, Carpzov II. Const. 33. Def. 15., wo dann eigentlich nicht die Behändigung der Urkunden, sondern das Hinweisen und Hinblicken auf die Sache nach römischer Denkart, dasjenige war, was die Kraft der Uebergabe enthielt, Erl. V. §. 304. lit. c. Man hat versucht, diesen Unterschied auch in die neue Rechtslehre überzutragen, und dieses dadurch zu beschönigen: von demjenigen Vertrag kraft dessen die Sache auf einen Andern zu übertragen sey, gehöre wenigstens in allen doppelseitigen Verträgen, dem Uebernehmer ohnehin Eine der Doppel-Ausfertigungen, Sz. 1325. Diese Eine können ihm die andere Vertragsperson nicht geben, weil sie nie davon Besizer werde, ihre eigene aber könne sie ihm eben so wenig geben, weil sie diese für ihre Deckung in künftigen Streitfällen in Handen behalten müsse. Hier ist gleich vordersamst das zu merken, daß dieser Einwand weder eine durchgehende Unmöglichkeit, noch eine Unschicklichkeit darthut, sondern nur für gewisse Fälle, nemlich in doppelseitigen

Verträ-

Verträgen, eine Schwierigkeit. Ebenderselbe ist daher alsdann schon hinlänglich entkräftet, wenn man zeigt, daß auf der andern Seite bey Beziehung auf bloß frühere Rechtstitel gleich starke oder stärkere Schwierigkeiten entstehen. Denn wollte man hier um ihrentwillen auch auf sie das Gesez nicht beziehen, so blieb ihm gar nichts mehr übrig, worauf es angewandt werden könnte, und es wäre also eine solche zerstörende Auslegungsart offenbar gesezwidrig, Sz. 1157. Läßt man sich aber an lezterem durch eine bloße Schwierigkeit nicht hindern, so darf man folgerichtig das Erstere, nemlich die Anwendung auf die jüngste Vertragsurkunde auch um einer bloßen Schwierigkeit willen, nicht ablehnen. Daß aber die Uebergabe älterer Erwerbtitel oft schwer, oft unmöglich sey, das wird derjenige gleich bemerken, der an ererbte Grundstücke, worüber man nur die nicht aus Handen zu gebende Vermögensbeschreibung hat, an ersessene Liegenschaften, worüber man häufig gar keine Rechtsurkunde besizt, und an den Fall verlorner Rechtsurkunden denkt. Ohnehin ist die Schwierigkeit im ersten Fall gar so groß nicht, als man sie macht; dem Käufer gehört die Doppelschrift des Kaufbriefs erst alsdann, wann er sie bezahlt, der Verkäufer, der brieflich übergeben will, darf sie nur selbst einlösen, so ist er nachmals ganz natürlich in der Lage, durch deren Abgabe den Besiz übergeben zu können. Diesemnach, da der Saz 1605. ohne Einschränkung sagt, wer zu Grundstücken die Rechtsurkunden einhändigt, der habe die Uebergabspflicht erfüllt, muß er auch ohne Einschränkung verstanden werden, Sz. 6 b., und also alle, einschließlich der jüngsten, und wo keine als diese vorhanden ist, diese allein unter sich begreifen; dieses bestä-

tigt Saz 1607., der die Uebergabe der Gerechtsame durch Einhändigung der Rechtsurkunde festsezt, denn da häufig ein Recht erst durch den Vertrag aus dem die Uebergabe geschieht, entsteht, z. B. eine gekaufte Dienstgerechtigkeit, so kann alsdann darüber keine frühere Urkunde, als die Vertragsurkunde, vorhanden seyn.

176.

Gefahr der versteigerten Sachen.

Bey den nach geschehenem Zugriff vorgehenden Versteigerungen, ist die Unzufriedenheit des Schuldners mit dem Preis etwas Gewöhnliches, weil der Verkauf in der Noth selten an den Preis eines Gelegenheitskaufs kommt, und nebstdem der Schuldner sich gewöhnlich überspannte Erwartungen von dem Preis seiner Sache macht. Diese Täuschung pflegt Aufenthalt in dem Zuschlag, oder Strittigkeiten über dessen Gesezmäßigkeit nach sich zu ziehen; daher trifft hier öfter als bey andern Kaufarten der Fall ein, daß ein Untergang oder eine Verschlimmerung der Sache mitten inne tritt, und nun die Frage entsteht: wer die Gefahr zu tragen habe, welche vorhin oft etwas zu freygebig dem Steigerer aufgehalset wurde, Carpzov I. Const. 32. Def. 47. et 49. Unser Gesezbuch das über Steigerungen nicht vollständig ist, weil es das Meiste auf die Gerichtsordnung verweiset, entscheidet jene Frage nicht, die auch selbst die französische Gerichtsordnung unbestimmt läßt. Allein eine solche nähere Bestimmung für Versteigerungen war nach dem übrigen Inhalt des Landrechts nicht nöthig. Alles

Digitized by Google

kommt darauf an, sich einen deutlichen Begriff von Versteigerungen zu machen, und man kann dann mit seinen Sätzen auskommen. Eine Versteigerung ist nichts anders als eine nach vorgängigem Aufruf der Kauflustigen vorgehende Unterhandlung mit ihnen über den höchsten Preis, die durch landüblichen Zuschlag an den Meistbietenden sich endigen soll. Die Richtigkeit dieser BegriffsZeichnung, so weit sie eine Versteigerung für Unterhandlungen angibt, bewährt Sz. 1701 ba., indem er sagt, daß ein Einstandsrecht nur vor dem Schluß der Unterhandlung statt finde, vergliechen mit Sz. 1701 bd., wo es heißt, daß bey Steigerungen jenes Recht nach dem Zuschlag, wiewohl noch vor dem Schluß des Protokolls ausgeübt werden könne. Hieraus folgt klar, daß der ganze Verlauf der Steigerung einschließlich des Zuschlags für Unterhandlungen und nur die in Gefolg des Zuschlags folgende Schließung des VersteigerungsProtokolls für das Ende der Unterhandlung, also für den Augenblick der berichtigten Uebereinkunft gelten soll. Eine nothwendige Folge hiervon ist es, daß vor diesem Schluß die Verbindlichkeit zur Uebergabe an den Käufer in keinem Fall begründet werde, wovon doch der Uebergang des Eigenthums und der Gefahr abhängt, Sz. 1138. und 1583. Umgekehrt folgt daraus, daß von diesem Schluß an, mit dem Eigenthum auch die Gefahr, der etwa unterbliebenen Uebergabe ohnerachtet, auf dem Steigerer ruht, und auf den Verkäufer nur zurückgehen kann, wenn dieser in den Verzug der Ablieferung gesezt ist, Sz. 1138. und 1139. Nun bleibt nur noch der Fall zu erörtern, wie es bey jenen Steigerungskäufen zu halten ist, a.) wo eine Genehmigung oder b.) eine weitere Steigerung vorbehalten wird.

wenn in einem oder dem andern Fall in der Zwischenzeit ein Zufall die Sache trifft? Zu a.) kommt alles darauf an, wie jener Genehmigungsvorbehalt anzusehen ist. Eine Bedingung ist hier allemahl vorhanden, es mag α) bey freywilligen Versteigerungen die Genehmigung des Verkäufers, β) oder bey nothwendigen Versteigerungen der minderjährigen oder mundlosen Personen, die Genehmigung des Familienraths oder der Obervormundschaft, oder γ) bey Zugriffs-Versteigerungen die Bestätigung des Richters vorbehalten seyn. Wirksam ist eine solche Genehmigungsbedingung auch, selbst da, wo sie auf des Verkäufers Person gesezt ist, wo allein ihre Wirksamkeit scheinbare Anstände hat, (St. 97). Nun kommt es nur noch darauf an, ist sie verschiebend oder auflösend? Flüchtige Leser verfallen leicht auf leztes, weil der Zweck ist, daß die Genehmigung erfolge, und die Erreichung dieses Zwecks sammt den fürsorglich bestandenen Verbindlichkeiten durch die Nichtgenehmigung aufgelöset wird. Allein anderwärts ist schon bemerkt, daß in diesem Sinn alle Bedingungen auflösend seyn würden, Erl. III. S. 125. Rechtlich genommen ist nur diejenige auflösend, welche den vorausgehenden Vollzug unterstellt, Sz. 1183., und nur die Fortdauer der Verbindlichkeit von sich abhängig macht, Sz. 1168., hingegen diejenige ist immer aufschiebend, welche die Wirksamkeit der Verbindlichkeit von sich abhängig macht, Sz. 1168., d. h. das Recht ihren Vollzug zu verlangen, Sz. 1181. Bey einer Steigerung aber waltet nach Landsbrauch allgemein der Sinn ob, daß der Verkäufer zur Uebergabe und der Käufer zur Preiszahlung nicht eher verbunden geachtet werden, bis die Genehmigung erfolgt ist, und daß dieses nothwendige Vorausseżung sey, die derjenige erweisen

müsse, der Eine derselben ausklagen wollte, d. h. der Genehmigungs-Vorbehalt ist aufschiebend. Daß aber bey aufschiebenden Bedingungen alle Gefahr des Verkäufers sey, bestimmt Sz. 1182. ganz deutlich, nur daß der, den die Gefahr trifft, alsdann auch nicht weiter zur Erfüllung der Gegenverbindlichkeit angehalten werden kann, mithin der, welcher bey einer bloßen Verschlimmerung auf die Erfüllung klagt, dadurch stillschweigend erklärt, mit der Sache, wie sie ohne Verschulden des Andern jezt verschlimmert ist, zufrieden zu seyn, und diesen Schaden also dem Verkäufer abnehmen zu wollen.

Wo zu b.) eine nochmahlige Steigerung ohne weiteres Geding im Allgemeinen vorbehalten wird, da ist — weil jede Steigerung eine Unterhandlung vorstellt — die erste nur eine vorbereitende Unterhandlung, und wenn also sogar die endgültige vor dem Schluß keine Vertrags-Verbindlichkeiten begründet, so kann es noch weniger die bloß vorbereitende, da hier allemahl ein Hauptpunkt, nemlich der Preis auf weitere Uebereinkunft völlig ausgesezt bleibt, vergl. Sz. 1340 a. Ward aber der ersten Steigerung das Geding angehängt, daß der Höchstbietende der Erste Steigerer in der vorbehaltenen nachmahligen Versteigerung sey, mithin an die Festhaltung — oder, besser zu reden an die Erneuerung seines Gebots gebunden seyn solle, so tritt zwar dadurch die Steigerung nicht aus den Schranken einer bloßen Unterhandlung heraus, dieß beweiset das einem solchen Steigerer für die zweyte Steigerung gegönnte Einstandsrecht, Sz. 1701 bb. Abs. 4., als welches ungeschlossene Unterhandlungen voraussezt, Sz. 1701 b a. t aber dieser Nebenvertrag macht Gesez unter den Betheilig-

ten, Sz. 1134., also der Höchstbietende ist noch nicht Käufer, sondern nur in einer Kaufzusage, und zwar nur unter der Bedingung befangen, wenn kein Mehrgebot am bestimmten Tage erscheint. Da aber Kaufzusage für Kauf gilt, sobald Einverständniß über Waare und Preis vorhanden ist, Sz. 1589., so muß man sagen ein solcher Steigerer ist Käufer unter aufschiebender Bedingung, woraus dann obgedachtermaßen von selbst sich ergibt, daß er noch die Gefahr der Sache nicht zu tragen habe.

177.

Gewährleistung bey Bauschverträgen.

Wenn aus einem Bauschverkauf das Eigenthum einzelner einbegriffenen Stücke entwährt wurde, so versagten römische Rechtslehrer die Gewährleistung, Wernher VI. Obs. 447., und eben so wenn aus Bauschbeständen einzelne Stücke entgiengen, Cramer II. Obs. 558. Nach Napoleonischem Recht findet in diesem Fall die Gewährleistung unstrittig statt. Denn bey einem Verkauf in Bausch und Bogen ist der Kaufgegenstand troz seiner Allgemeinheit dennoch vollbestimmt, und begreift alles das in sich, was die Sammlung (universitas facti) ausmacht, die man im Bausch weggibt, Sz. 1585., und zwar als ein wirkliches und untrennbares Ganzes, Sz. 1701 ad., aber nicht als eine Gesammtheit (universitas juris). Bey Sammlungen macht jedes Stück, ebenso wie bey zusammengesezten Körpern jeder Bestandtheil, einen Theil des Ganzen. Wegen ganzen Sachen, wovon ein Theil entwährt wird, bestimmt das

Gesez, daß und wie die Gewährleistungspflicht darauf anzuwenden sey, Sz. 1636. und 1637. Es wäre demnach eine gesezwidrige Einschränkung jenes allgemeinen Sazes, wenn man ihn auf die Entwährung einzelner Stücke aus einem Klumpenkauf nicht anwenden lassen wollte, vergl. Sz. 6a., zumahl da die Bauscheigenschaft des Preises daran gar nichts hindert, weil bey allen TheilEntwährungen nicht auf das Preisverhältniß des Theils zum Ganzen, sondern lediglich auf den Preis des entwährten Stücks als einer selbstständigen Sache gesehen werden soll, der durchaus unabhängig ist, von der Bestimmung eines Bauschpreises. Das Nemliche findet statt bey Bestandverträgen, die nichts anders sind als ein Genußkauf, Erl. III. S. 581., und deren Rechte in Bezug auf Gewährleistung des Umfangs der Bestandsache nahmentlich auf die desfalls dem Kauf vorgeschriebene Regeln verwiesen ist, Sz. 1765.

178.

Verfall des Angelds bey Verfallgedingen eines Kaufs.

Das neue Recht behält Verfallgedinge für gewisse Fälle bey, Erl. III. S. 570. Der Saz 1656. bestimmt deren Wirkung, enthält aber anscheinend nichts, was Licht gäbe über die nach römischem Recht sehr bestrittene Frage, ob ein bezahlter Theil des Kaufschillings auch für verfallen gelte, oder zurückgefordert werden könne, wenn der Kauf vom Verkäufer für verfallen erklärt wird, vergl. Pufendorf T. I. Obs. 59. Man kann leicht verleitet werden, nach der

Rechtsähnlichkeit des Falls von dem Rückgang eines Kaufs durch freywillige Aufhebung, sich für den Verfall zu erklären, zumahl dieser auch nach römischer Rechtsauslegung die mehreren Stimmen vor sich hatte. Und doch wäre diese Entscheidung unrichtig. Bey einer freywilligen Aufhebung geht der Entscheidungsgrund aus der Natur der Erlassung hervor, welche die Rechtsgunst vor sich hat. Bey dem Verfallgeding muß er aus der Natur der Strafgedinge hervorgehen, die nicht gleiche Rechtsgunst genießen. Zwischen beeden Fällen ist demnach keine Rechtsähnlichkeit. Auch kommt es auf eine solche nicht an: denn indem der Sz. 1657. das Verfallgeding nur für eine Erweiterung der im Sz. 1655. ausgesprochenen Regel hinstellt, wornach alle Verkäufe durch NichtErfüllung auflösbar werden, und nachdem diese Auflösbarkeit Folge einer stillschweigenden Bedingung ist, nach Sz. 1184., sofort diese alles in dem Stand zurücksezt, als ob der Vertrag nie geschlossen gewesen wäre, Sz. 1183., so ist damit die Rückzahlung des bezahlten Kaufschillings klar ausgesprochen.

179.

Entwährungsbefugniß des Verkäufers.

Daß der Verkäufer die verkaufte Sache nicht entwähren könne, daß folglich die von den Römern sogenannte exceptio rei venditae et traditae eine noch jezt, wiewohl nicht unter diesem Namen statt findende Einrede des Käufers sey, dieses liegt im ganzen Geist des Code Napoleon: denn indem er jenem auferlegt, dem Käufer den anspruchslosen Besiz

der verkauften Sache zu sichern, Sz. 1625., so verbietet er ihm ja wohl deutlich genug, nicht selbst wieder Ansprüche auf die Sache zu erheben. Auch wird wohl kein Verkäufer so unverschämt seyn, ein schon zur Zeit des Verkaufs gehabtes Eigenthumsrecht wider einen Käufer, dem er die Sache aus einem gültigen Kauf übergab, geltend machen zu wollen, zumahl nachdem das Eigenthum kraft Gesezes übergeht, und damit alle Entwährungs-Möglichkeit ihm entwunden ist; aber wo er nachher als Erbe oder Rechtsfolger zu der zuvor in irrigem Glauben oder aus wissentlicher Unredlichkeit als fremd verkauften Sache gelangt, da kann der Umstand, daß das Eigenthum ein später erworbenes Recht sey, welches durch den früheren Verkauf nicht erfaßt werde, Anlaß werden, daß ein Verkäufer den Gedanken faßt, dem Käufer die verkaufte Sache entwähren zu wollen. Um auszudrucken, daß eine solche Deutung gegen Geist und Sinn des Code Napoleon sey, ward sie noch im Saz 1640 a. namentlich untersagt. Inzwischen ist dabey jene Ausnahme nicht ausgedruckt, die man im alten Recht zu machen pflegte, für den Fall, wo ein Gesez allen Verkauf ausdrücklich verboten und vernichtet hatte, Leyser CCXLII. Med. 6. Man denke nicht, daß jene Ausnahme durch dieses Schweigen aufgehoben sey. Die Gewährleistung ist eine Verbindlichkeit die aus dem Kaufvertrag hervorgeht; sie sezt also das Daseyn eines gültigen Vertrags voraus, Sz. 1603. Aus der Nichtigkeit gehet zwar auch zuweilen ein Recht des Käufers auf Entschädigung hervor, nemlich so oft die Nichtigkeit aus einer unrechten That des Käufers hervorgieng, ohne daß der Käufer an solchem Unrecht Theil nahm, Sz. 1382. (vergl. mit 1117 a.

und 1148 a.) und Sz. 1599., aber dieses ist niemals eine Gewährleistungsklage, Erl. III. S. 521. Vermöge einer solchen Nichtigkeit des Kaufs ist natürlich auch der in dem Vertrag kraft Gesezes liegende Uebergang des Eigenthums nichtig, Sz. 1583.; nichts hindert daher den Verkäufer solches auf das ihm gebliebene Eigenthum durch Zueignungsklage wider den Käufer geltend zu machen; würde dieser einwenden, jener sey ihm aus dem Vertrag anspruchlosen Besiz zu schaffen schuldig, so schlägt den Einwand die Gegenrede der Nichtigkeit danieder, und würde er einwenden, daß der, den eine Gewährleistungsklage trifft, keine Entwährungsbefugniß habe, Sz. 1640a., so erwiedert er, daß ihn wohl eine Entschädigungsklage nur keine Gewährleistungsklage treffe, die bloße Entschädigungspflicht aber nirgends die Eigenschaft erhalten habe, von dem Entwährungsrecht auszuschließen, sobald dessen Erfordernisse an sich alle vorhanden sind, vielmehr hat das Gesez, das dem Mann erlaubt, seine Veräußerung der Ehesteuer selbst als ungültig erklären zu lassen, vorbehaltlich der Entschädigung seines Käufers, Sz. 1560., klar das Zusammenbestehen beeder Rechtsverhältnisse entschieden.

180.

Gewährleistung besonderer Zusagen.

Es hatte jemand einen Fischteich mit der Zusicherung verkauft, er habe vor vier Jahren zweyhundert zwanzig Karpfsezlinge darein gesezt, und seitdem darinn weder gefischt noch fischen lassen, wolle jedoch für die Menge der jezt dar-

Digitized by Google

inn befindlichen Fische nicht Gewähr leisten. Bey Abschlagung des Teichs fand sich, daß nur wenige kleine Fische darinn waren. Der Verkäufer, der darum angeredet wurde, erwiederte, dieses möge von Absterben oder fremdem Diebstahl herrühren, beweise nichts gegen die Wahrheit seiner Angabe, und könne ihn mit einer Gewähr nicht beladen, gegen welche er sich die Freiheit bedungen habe. Diesen Fall entschied ehemals die Frankfurter hohe Rechtsschule dahin, der Verkäufer müsse in eine Preisminderung sich einlassen, wenn er nicht beweisen könne und wolle, daß seine angegebene Besezung des Teichs richtig sey, Brunemann I. Dec. 4. Ebenso würden wir noch jezt entscheiden müssen. Denn obwohl der Mangel einer verhältnißmäßigen Anzahl Fische ein verborgener Mangel ist, und für verborgene Mängel derjenige nicht haftet, der sich Freyheit von der Gewähr bedungen hat, und dem der Mangel unbekannt war, Sz. 1643., obwohl auch aus dem jezigen Mangel an Fischen nicht folgerichtig auf die Unwahrheit der angegebenen vorigen Besezung des Teichs zurückgeschlossen werden kann; so ist doch aus der angegebenen Besezung, sobald ihre Wahrheit fest steht, folgerichtig auf die Wahrscheinlichkeit des Daseyns einer großen Anzahl Fische zu schließen, und wenn nun die Besezung unwahr wäre, so würde die wissentliche Vorschüzung einer solchen Unwahrheit ein Kunstgriff seyn, ohne den der Andre den Vertrag nicht eingegangen haben würde, also ein zur Entschädigung verbindlich machender Betrug, Sz. 1116. Nur würde jezt nicht dem Verkäufer die Wahrheit der Versicherung zu beweisen auferlegt werden müssen, sondern dem Käufer die Unwahrheit, weil diese der Grund der Betrugsverbindlichkeit ist, aus welcher allein er klagen kann.

181.

Geldwerth bey Zahlungen aus Umsazverträgen.

Man nahm vorhin mehr aus Billigkeitsursachen als aus Gesezen an, daß ein Pachtschilling stets in jenem Geldwerth zu bezahlen sey, den die Münzsorten zur Zeit des abgeschlossenen Bestands hatten, Struben II. 22.; das Nemliche galt von allen Zahlungen aus Umsazverträgen, Leyser DXXX. Med. 16.; Wernher IX. Obs. 251.; Puffendorf IV. Obs. 213.; Cannengieser XII. Dec. 319.; Cramer I. Obs. 113.; aber damals nahm man das Nemliche auch an von Zins- oder Kapitalzahlungen, Struben I. 168.; Cannengieser XI. Dec. 303.; Puffendorf I. Obs. 159.; Wernher I. Obs. 169.; den Grund sezte man darein, weil sonst der Gläubiger weniger bekommen könne, als ihm der Schuldner versprochen hat, und nicht glaublich sey, daß diejenige Vertragsperson die das Eigenthum oder den Genuß ihrer Sache, gegen Geld umsezte, sich der Gefahr einer künftigen Münzverringerung habe aussezen wollen. Dieser Grund ist mehr scheinbar als richtig; denn jedermann weiß, daß die Münzen niemals ganz den innern Werth haben, den ihnen jenes Gepräg beylegt, das sie zu Geld macht, und daß sie vielfach wechseln, und im Gehalt sich ändern. Wer also sein Absehen auf einen bestimmten unveränderlichen Gehalt richten wollte, der müßte sich bestimmte Sorten oder Stücke bedingen; wer das nicht thut, der wird billig dafür angesehen, er wolle mit jeder Zahlung, womit er den Nennwerth

Digitized by Google

seiner Forderung in landüblicher Münze zur Zahlungszeit erhält, zufrieden seyn, da mehr nicht in den Worten eines allgemein auf Geldsummen lautenden Zahlungsversprechens liegt, und da jede Auslegung im Zweifel für den Schuldner und wider den Gläubiger gemacht werden soll. Es kann demnach da, wo die Worte klar auf Geld nach einem Nennwerth lauten, z. B. auf zwanzig Gulden, von Vermuthungen, welcher Gefahr sich der Gläubiger habe unterwerfen wollen, gar keine Frage seyn: so gut die Vermuthung ist, der Pächter will sich der Gefahr des gemeinen Wechsels in der Fruchtbarkeit der Jahre, oder der Käufer jenem in den künftigen Werthveränderungen der gekauften Sache unterwerfen, so gut mag man dieses umgekehrt von dem Wechsel in dem inneren Gehalt umlaufender Geldsorten annehmen. Nachdem nun vollends bey Kapitalheimzahlungen dieses klar entschieden ist, Sz. 1895. vergl. mit 1802., so muß auch die gleiche Entscheidung nun bey dem Bestandschilling, bey Kaufschilling, bey Vergleichsgeldern und andern Zahlungen aus Umsazverträgen in Anwendung kommen, da die Darleihe auch zu Umsazverträgen gehört, Erl. III. S. 653., und der Grund des Gesezes, das den Nennwerth zur Zahlung vorschreibt, allgemein ist. (St. 216.)

182.

Unbestimmter Wiederkaufspreis.

Vorhin war es zwar schon gemeine Lehre, daß der Wiederkauf sich immer in jenem Preis verstehe, in welchem der Kauf geschlossen worden war, Carpzov II. C. 1. Def. 21

et 22.; Berger Dec. 145. Doch hielten auch Manche dafür er sey da, wo das Gegentheil nicht bestimmt ausgedruckt ist, in dem zu schäzenden Werth zur Zeit des Wiederkaufs zu bewirken, Leyser CXCI. Med. 9, Hommel Obs. 326. Leztere Meynung kann jezt nicht mehr statt finden, weil der Saz 1659. den Wiederkauf als denjenigen Vorbehalt bezeichnet, wodurch der Käufer gegen Rückgabe des Kaufschillings ein verkauftes Gut wieder an sich zieht. Allein da die gesezliche Bestimmungen durch Vertragsgedinge gemeiniglich geändert werden dürfen, so ist mit jenem Saz allein nur die muthmaßliche Natur des Wiederkaufs festgesezt, aber nicht ein Verbot gegeben, daß eine Kaufsache nicht um den billigen Werth zur Zeit des Wiederkaufs zurückgekauft werden dürfe. Alles kommt indessen dabey in einem solchen Fall darauf an, ob die Vertragspersonen zu gleicher Zeit Personen benannt haben, welche im Fall des angekündigten Wiederkaufs den Wiederkaufschilling ermessen sollen, oder nicht. Im ersteren Fall steht der Gültigkeit des Gedings nichts im Wege, im andern aber würde es gegen Sz. 1591. und 1592. anstoßen, Erl. III. S. 491.

183.

Tag und Früchte des Wiederkaufs.

Ob man gerade auf die Jahrszeit des Kaufs das Wiederkaufsrecht ausüben müsse, und wie da, wo dieses der Fall nicht ist, die Früchte des Wiederkaufguts zu theilen seyn, darüber war Meynungsverschiedenheit unter den Gelehrten

Carpzov II. Const. 1. Def. 20. Der Code Napoleon erfordert keineswegs zur Natur des Wiederkaufs, daß er im Kaufmonat geschehe, Sz. 1659., also kann eine solche Nothwendigkeit auch nicht behauptet werden, Sz. 6b., wenn sie nicht durch Kaufgeding bestimmt ist, Sz. 1134., oder durch einem rechtsbeständigen Herkommensbeweis, Sz. 6f., als Landsbrauch erwiesen werden kann, Sz. 1159. Außer diesen Fällen kann zu jeder Jahrszeit das Wiederkaufsrecht ausgeübt werden. Alsdann kommt es natürlich auf die Theilung der Früchte an. Da das Gesez dafür nichts besonderes bestimmt, der Wiederverkäufer aber unstrittig bis zu angekündigtem Wiederkauf redlicher Besizer ist, so folgt hieraus zur Entscheidung, sofern nichts anders ausgemacht ist:

a.) die bezogenen Früchte des Jahrs sind des Wiederverkäufers Eigenthum, Sz. 547.;

b.) die noch hängenden fallen mit dem Gut selbst an den Wiederkäufer zurück, Sz. 585., Erl. I. S. 406., 409.;

c.) die aufgewendete Kosten trägt derjenige, oder leidet sie auf sich, dem die Früchte zufallen, Sz 548.

184.

Anschwemmungen an wiederkäuflichen Gütern.

Der Streit, wovon Cocceji J. C. L. XVIII. T. 1. Q. 42. handelt, ob bey einem Wiederkauf die Anschwemmungen mit dem erkauften Gut zurückgegeben werden müssen, ist in unserem Gesezbuch, obwohl nicht berührt, doch hin-

Digitized by Google

länglich entschieden. Denn einerseits sagt es: die Anschwemmung kommt dem Ufereigenthümer zu gut, Sz. 556.; sie ist ein Recht das ihm sein Eigenthum kraft Zuwachses zubringt, Sz. 546., so daß es der Nuznießer nur in Bezug auf den Genuß der Anschwemmung hat, nicht in Bezug auf deren Eigenthum, Sz. 596., und selbst der Nuzeigenthümer erlangt es nicht weiter, Sz. 577 a c., noch der Ehemann bey ehesteuerlichen Grundstücken, Sz. 1562. Hieraus gehet hervor, daß einem jeden die Anschwemmung nicht als eine Frucht anwächst, die derjenige, dem sie in seiner Genußzeit erwuchs, sich zu eigen macht, nach Sz. 547., sondern das sie einem jeden nach dem Maas seines Verhältnisses zum Eigenthum zuwachsen, und theilbar sind, so weit und so wie dieses selbst theilbar ist, Erl. I. S. 481. Wer folglich nur ein wiederrufliches Eigenthum hat, dem wächst auch nur ein wiederrufliches Eigenthum an. Nun lehret Sz. 1662. klar, daß der Käufer auf Wiederkauf bis zum Ablauf der gesezlichen Frist nur widerruflicher Eigenthümer sey, und der Sz. 1665. daß der Käufer nur indessen in die Rechte seines Verkäufers eintrete, mithin kann er auch nur indessen in sein Recht eintreten, den Zuwachs für eigen hinzunehmen. Hierzu kommt, daß der Saz 1673. ganz deutlich im Munde führt, wie der Kauf durch den Wiederkauf rückwärts aufgelöst werde, und in Bezug auf das Eigenthum (nicht im Genußrecht) als auflösende Bedingung wirke, deren Eigenschaft es ist, alles in den vorigen Stand herzustellen, als ob nichts dazwischen geschehen wäre, Sz. 1183., wo dann unstrittig der Verkäufer das Eigenthum der Anschwemmung erworben hätte. Nicht einmahl Werthaufbesserung kann er dafür fordern, da sie kraft eignem Rechts den Wiederkäufer

derkäufer gehören, und dieser ihm nur den gegebenen Kaufschilling dagegen schuldig ist, Sz. 1659. Zwar billigt jenem der Saz 1673. auch Wertherhöhungen zu, aber dieses sind nur solche, die der Wiederverkäufer durch seinen Fleiß und Auslagen hervorgebracht hat, welches auf Anschwemmungen nicht anwendbar ist.

185.

Gefahr wiederkäuflicher Sachen.

Nach der seitherigen Lehre muß bey einem Wiederkauf der Käufer und einstige Wiederverkäufer alle Gefahr der Sache tragen, hat aber auch dagegen allen Gewinn daraus, selbst den zufälligen, als z. B. Anschwemmungen, nur daß derselbe diese, weil sie Zugehörde der Hauptsache sind, nicht im Stück zurückbehalten kann, sondern dem Wiederkäufer gegen verhältnißmäßige WerthAufbesserung abtreten muß, Carpzov II. Const. 1. Def. 18. Das leztere findet nicht ebenso im Napoleonischen Recht statt, (St. 184). Nur da, wo kraft besondern Gedings der Wiederkauf nach einer bestimmten Art der Schäzung seiner Zeit geschehen soll, mithin der Käufer die Gefahr des Werthabschlags übernimmt, würde dagegen auch die zufällige WerthErhöhung ihm zu gut kommen müssen, wobey als Erhöhung nur dasjenige anzuschlagen ist, was das Ganze jezt höher verkauft werden kann als zuvor — welches zuweilen Nichts ist, wenn z. B. der Güterwerth im Ganzen gefallen ist, keineswegs dasjenige was im Augenblick des Wiederkaufs das Gut, wenn es mit dem Zuwachs damals verkauft worden wäre, für mehr

werth zu achten gewesen wäre, als wenn es ohne solche Anschwemmung verkauft würde. Also nur durch besonderes Geding kann ein zufälliger Gewinn dem Käufer bleiben. Dagegen über die Gefahr der Verschlimmerung oder des Untergangs ist nichts gesagt. Inzwischen darf man nur seinem Gemüth den Gedanken gegenwärtig halten, daß ein Wiederkauf keine Schuldigkeit, sondern lediglich eine Berichtigung des Verkäufers, und daß er eine auflösende willkührliche Bedingung des ersten Kaufs ist, Sz. 1665. vergl. mit 1673. und 1183., so hat man allen Stoff, der zur Beantwortung jenes Zweifels nöthig ist. Denn da das volle Eigenthum auf den ersten Käufer übergeht, Sz. 1665., so trifft auch ihn zunächst allemahl die Gefahr: und da der Wiederkäufer nicht kaufen muß, so ist es seine Sache, zu überlegen, ob er, wenn die Sache verschlimmert, oder gar zerstört worden, wieder kaufen will; thut er es unvorsichtigerweise, so löset er damit alle Rechtsfolgen des vorigen Kaufs rückwärts auf, nach Sz. 1179. mit 1184. und 1673., und hat es sich also selbst zuzuschreiben, daß er nun wieder betrachtet werden muß, als ob er nie aufgehört hätte, Eigenthümer zu seyn, und trägt er mithin die Gefahr von rechtswegen.

186.

Rechtfertigung des Rechtsnehmers zu übertragenen Schulden.

Daß derjenige, welcher eine fremde Schuld einklagt, sich zur Auslage rechtfertigen müsse, Leyser CCI.

Digitized by Google

Med. 1., lehrt die Natur der Sache, weil die Schuldverbindlichkeit ohne dieses für ihn keinen Wirkungskreis hat, Sz. 1163. Daß aber zu solcher Rechtfertigung jener Uebertragsschein nicht hinreiche, der keine Vertragsursache ausdruckt, Leyser l. c. Med. 4., dieses kann sehr scheinbar bestritten werden. Denn a.) die Nichtausdruckung der Vertrags-Urkunde ist überall im Code Napoleon für unschädlich erklärt, Sz. 1132.; und b.) auf Rechtsübertragungen scheint dieses um desto vollständiger anzuschlagen, weil auch ohne Vertragsursache der Uebertrag wenigstens den Auftrag zum Einzug feststellt, und mithin als Anweisung, wenn auch nicht als Rechtsübertrag gilt, zumahl da c.) der Einwand des mangelnden Ausdrucks der Vertragsursache hier nur das Verhältniß zwischen dem Rechtsnehmer und Rechtsgeber betrifft, das dem angewiesenen Schuldner ganz gleichgültig seyn kann, sobald er nur weiß, daß er dem, welcher ihm die Schuld fordert, gültig und mit Befreiungs-Wirkung zahlen kann, wozu es genüget, wenn der Erheber Gewalthaber ist, Sz. 1239. Auch ist eine solche stumme Uebertragungsurkunde aus diesen zuvor angegebenen Gründen zu einer außergerichtlichen gütlichen Erhebung allerdings hinreichend. Hingegen zu einer abgenöthigten, also zu einer Ausklagung, in keine Wege, sobald der Schuldner auf Angabe der Ursache dringt, welches zu a.) er bey stummen Urkunden darf, Erl. III. S. 52., und zu b.) auch c.) oft Ursache haben kann, da gegen eine Anweisung alle wider den Gläubiger zustehende Einreden offen stehen, gegen den Rechtsnehmer aber nur die vor bekannt gewordenem Uebertrag entstandenen, vergl. Sz. 2214., und gegen eine Ueberweisung nur die bey Annahme des neuen Gläubigers aus-

drücklich vorbehaltenen, Sz. 1275a. Nach unserem Landrecht ist diese Angabe der Uebergabsursache um so nothwendiger, weil aus bloßer Anweisung wider den Schuldner kein Klagerecht statt findet, Sz. 2010 l., und selbst bey Wechseln durch deren Auslassung die Uebertragung in einen bloßen EinzugsAuftrag ausartet, A.Sz. 138., der noch kein Auskagungsauftrag ist.

187.

Zahlung an abgetretene Gläubiger.

Aus dem allgemeinen Saz, daß derjenige, der etwas wisse, für benachrichtigt anzusehen sey, schlossen die Rechtslehrer, daß ein Schuldner, der den abgetretenen Gläubiger mit der Wissenschaft des geschehenen Abtritts zahle, ebenso gut ungültig zahle, als ob ihm die Rechtsabtretung verkündigt gewesen wäre, um so mehr als eine solche Zahlung als Gefährde anzusehen sey, Cocceji J. C. L. XVIII. T. IV. Q. 19. Diesem Schluß huldigt das neue Recht nicht: es hat nirgends den allgemeinen Grundsaz sich angeeignet, daß wer etwas wisse, für benachrichtigt zu achten sey, vielmehr geht es durchweg von dem entgegengesezten aus, daß wer bey eignen Handlungen von dem Wissen des Andern Rechtsvortheile ziehen wolle, der müsse es durch Verkündungen von seiner Seite begründet haben. Darauf ruht gleich der erste Saz des Gesezbuchs, der nicht vom Wissen des Unterthanen an, sondern von der Zeit an, wo der Gesezgeber das Seine gethan hat, um daß ein Gesez bekannt seyn kann, dessen Verbindlichkeit rechnet. Diesem gemäß sagt es denn

Digitized by Google

auch, daß der Schuldner rechtmäßig befreyt sey, sobald er an den Rechtsgeber gezahlt hat, ehe dieser oder der Rechtsnehmer ihm die geschehene Uebertragung bekannt machte, (nicht da schon, wann er zahlte ehe sie ihm bekannt war) Sz. 1690.; ingleichem daß ein Pfandrecht auf einer Schuldforderung nur durch eine solche Urkunde hafte, welche dem Schuldner kund gethan worden, (nicht bloß kund geworden) ist Sz. 2075. Bis dahin bedient sich der Schuldner mit Recht des Vortheils, den er etwa dabey findet, den Rechtsgeber vorzüglich vor dem Rechtsnehmer zu zahlen, z. B. wegen einer inzwischen erhaltenen Gelegenheit zur Wettschlagung. Gefährde kann aus diesem Gebrauch seines Rechts nie abgeleitet werden ohne Beweis eines böslichen Vorsazes, der alsdann freylich als ein Betrug diese Zahlung vernichten, oder was einerley ist, als eine unrechte That den Zähler zur Entschädigung des Rechtsnehmers verbinden würde, Sz. 1382. Als Versehen könnte diese Zahlung noch weniger angefochten werden, da selbst wenn sie (nicht zugegebenermaßen) ein solches wäre, das Gegenversehen in der Nichtverkündung es wett machen würde, Sz. 1148 a.

188.

Rechtsübertrag bey einer Gedingloosung.

Der mehrere Theil der Retchslehrer nahm ehemals an, daß zwar Loosungen, die auf persönlichen Eigenschaften ruhen, auf Andere nicht übertragen werden könnten, hingegen gar wohl die Gedingloosung (retractus pactitius),

Digitized by Google

Wernher IX. Obs. 164. In unserer Rechtsverfassung kann solches nicht mehr gelten. Schon der Saz 1701 a.e. schließt es aus, wenigstens seinem Geist nach, wenn er sagt, „man darf nur für eigenen Gebrauch und nicht auf Mehr„schaz loosen," denn derjenige, welcher sein Recht, sey es nun vor Eintritt des Loosungsfalls oder nachher auf einen Andern überträgt, der looset fürerst gewiß nicht für eigenen Gebrauch; und wenn er gleich in dem Fall, da der Uebertrag unentgeltlich geschehen wäre, im strengen Sinn nicht Mehrschaz oder Gewinn von der Loosung zöge, so bliebe doch im weiteren Sinn, der Vortheil einen Andern sich durch dessen unentgeldliche Unterlassung verbindlich zu machen, immer noch in gewissem Sinn ein Mehrschaz. Noch mehr aber geht solches aus dem Saz 1701 al. und am. hervor, da der erste den Rechtsübergang auf Erben für alle Arten der Loosung überhaupt, so lang die Loosung nicht durch Ankündigung Festigkeit erlangt hat, untersagt, und der Lezte bey Gedingloosungen dieses noch enger, nemlich dahin einschränkt, daß auch eine Angekündigte von den Erben nicht fortgesezt werden könne, wenn sie nicht schon vollzogen wäre, weil sie im Gegensaz mit vorigem Ausspruch als Loosung niemals einem Erben zu gut kommen soll. Wo ein Recht so sehr an die persönliche Umstände dessen geknüpft ist, dem es zusteht, da gehört es gewiß nach der hierinn masgebenden Absicht des Gesezgebers unter die unübertragbaren, vergl. Erl. III. S. 555.

189.

Schuldklagen der Erbgläubiger gegen Erbkäufer.

Die Erbgläubiger haben nach römischen Gesezen streng genommen gar keine Klage wider den Käufer, sondern nur wider den ihnen verhafteten Erben, und nur aus Billigkeit ward ihnen, wenn dieser zahlungsunfähig ist, eine Klage wider den Käufer gestattet, Mevius II. Dec. 297. Unser Gesezbuch stellt den Saz gleich jenem auf, daß die Erben nach Verhältniß ihres Stamm- und Kopftheils für die Schulden der Erbschaft haften, Sz. 873., und daß sie kraft Gesezes unter die Erben getheilt sind, Sz. 1220. Hieraus folgt, daß die Erben persönliche Schuldner der Erbgläubiger sind; da nun der Schuldner einem Gläubiger ohne dessen Einwilligung keinen andern Schuldner überweisen kann, und selbst mit dessen Einwilligung die Ueberweisung nicht für Befreyung des alten Schuldners gilt, wenn dieses nicht ausdrücklich mit dem Gläubiger ausgemacht ist, Sz. 1275., so kann offenbar ein ohne der Erbgläubiger Zuthun vorgehender Erbverkauf diesen niemals das Recht nehmen, sich unmittelbar an den Erben zu halten, der durch einen Verkauf sein Erbrecht nicht ablegt, sondern befestigt, Sz. 780. Weil jedoch auch Verträge zweyer Personen (hier des Erbkäufers und Verkäufers) an den Rechten dritter Personen (hier der Erbgläubiger) nichts ändern können, Sz. 1165., und jedes Vermögen des Schuldners das gemeinschaftliche Unterpfand aller seiner Gläubiger ist, Sz. 2093., mithin dafür wenigstens hülfsweise haften muß, so kann

man eben ſo wenig den Erbgläubigern das Recht abſprechen, wenigſtens hülfsweiſe auf das verkaufte Erbvermögen zu greifen, wofür die Geſeze über das Erbabſonderungsrecht laut genug ſprechen, Sz. 878. Aber das iſt nun die Frage: können ſie allein hülfsweiſe, nach fruchtloſer Ausklage des Erben den Erbkäufer belangen, oder haben ſie die Wahl, Einen wie den Andern mit Recht anzugreifen, oder endlich müſſen ſie wohl gar den Käufer zuerſt verklagen. Das lezte wird dadurch ſcheinbar, weil nach Sz. 1698. dem Verkäufer die von ihm vor dem Verkauf bezahlte Erbſchulden wieder vergütet werden müſſen, woraus folgt, daß der Erbkäufer, der ſogar dieſe erſezen muß, noch vielmehr die noch unbezahlte geradezu auf ſich nehmen ſolle, und deshalb vor dem Erben darüber zu belangen ſey. Allein ganz ein Anderes iſt das Verhältniß der Erben unter ſich und mit Erbkäufern, die allemahl an die Stelle eines MitErben treten, Sz. 841., und jenes mit den Schuldnern: dort theilt ſich die Verbindlichkeit der Schuldenzahlung nach Verhältniß des Erbtheils und Erbvortheils, Sz. 870. und 871., hier aber ſtets nach Verhältniß der Stamm- und Kopftheile, Sz. 873., zum ſicheren Beweis, daß das Geſez gar wohl ſagen konnte: im Verhältniß zwiſchen Erbkäufer und Erben folgt die Schuldenlaſt dem Erbvermögen, ohne damit zur Folge zu geben, daß ſie ihm auch im Verhältniß zwiſchen Erbkäufern und Erbgläubigern folge. Wir müſſen alſo bey der allgemeinen Regel bleiben, die Forderung des Erbverkäufers, daß der Erbkäufer die Schulden auf ſich nehme, kann der Erbgläubiger als Dritter nur machen, wenn es zu ſeiner Befriedigung nöthig iſt, das heißt, wenn die Klage wider jenen fruchtlos ſeyn würde, oder er durch Rechtsüberweiſung

Digitized by Google

in seine Stelle getreten ist, Sz. 1166. und 1275., welches auch das Sondergesez über die Schuldzahlung bey Verpfründungen durch seinen Einklang bestätigt, Sz. 1983 e., das heißt dann aber eben so viel gesagt als um den Käufer anzugreifen muß eine Vorauslage des Erbverkäufers vorausgegangen seyn.

190.

Sammtloosung auf verkaufte Erbschaftsgüter.

Die aus dem MitEigenthum ausgehende Sammtloosung wollen einige Rechtslehrer auch auf den Fall ausdehnen, da mehrere MitErben ein gemeinschaftliches Erbgut an Dritte verkaufen, so nemlich daß alsdann Einer derselben das Einstandsrecht ausüben könne, Carpzov II. Const. 31. Def. 4., Berger Oec. jur. L. 3. T. 5. Th. 12. Nro. 1., wiewohl andere hierinn widersprechen, Berger Dec. 160. Nach dem Neubadischen Recht findet jene Ausdehnung nicht statt. Denn dieses zählt nur zwey Fälle zur Sammtloosung, einmahl wenn ein einzelner MitErbe sein ganzes Erbtheil an einen Fremden verkauft, der dadurch in die Theilung mit einzutreten hätte, Sz. 841.; fürs andere wenn ein einzelner MitEigenthümer an einen Nichtgemeiner einen Antheil verkauft. Hiernach sind zur Sammtloosung zwey Sachen wesentlich, a.) daß nur ein Antheil, nicht die ganze gemeinschaftliche Sache, Loosungs- oder EinstandsGegenstand sey; b.) daß einzelne MitEigenthümer, nicht alle zusammen, den Verkauf ein-

giengen, von dessen Loosung die Frage ist. Außer diesen Fällen muß es bey der Regel bleiben, daß Loosungs- und Einstandsrecht nicht statt finde, wo es nicht ausdrücklich gegeben ist, Sz. 1701 aa. und ba.

191.

Sammtloosung eines einzelnen Miteigenthümers.

Ohnerachtet die Losung vorhin für ein untheilbares Recht angesehen ward, welches auch derjenige, der nur einen Antheil an der Loosung hat, dennoch ganz ausüben könne, Reinking de retract. consang. Q. 2. Nro. 84.; so wollte dennoch dafür gehalten werden, dieselbe sey jezt zu einem theilbaren doch ungetheilt auszuübenden Recht geworden, das nemlich nur alle zusammen, und keiner ohne den Andern ausüben könne, theils a.) weil das nemliche bey dem Wiederkauf wenigstens für den Fall geordnet ist, wenn der erste Käufer eine solche ungetheilte Ausübung fordert, Sz. 1670., und die Loosung mit dem Wiederkauf viele Aehnlichkeit hat, theils b.) weil der Sz. 1701 ah. eine gemeinschaftliche Ausübung zur Regel macht. Allein zu a.) so manche Aehnlichkeiten beede Rechtswesen, Loosung und Wiederkauf, miteinander haben, so viele Verschiedenheit haben sie auch, Erl. III. S. 564., besonders ist die Loosung deutscher Zusaz, und nur der Wiederkauf ist Napoleonisches Recht, es geht also nicht an, die Verordnung von dem Einen auf das Andere zu übertragen, so weit nicht die Verfügungen über beede im Hauptwesen das Gleiche sagen, und

Digitized by Google

nachmals nur von der Anwendung auf einzelne Fälle die Rede ist, (wo freylich die Erhaltung der Rechtsgleichförmigkeit Rücksicht des Auslegers seyn müßte). Hier tritt eine Gleichheit der Verfügung aber nicht ein: denn z u b.) was im Saz 1701 ak. von einer gemeinschaftlichen Ausübung gesagt ist, beschränkt sich klar auf den Fall, wenn Mehrere zusammen treffen, die loosen wollen, und nun um den Vorzug streiten. In einem solchen Fall soll Vorgang wegfallen, und gemeinschaftliche Uebung an dessen Stelle treten. Damit wird gar nicht entschieden, daß alle gleichberechtigte auch wider Willen zur Loosung zusammentreten müßten, und Einer allein nicht loosen dürfe, wovon vielmehr der Saz 841., welcher einen Sammtloosungsfall entscheidet, bestimmt das Gegentheil sagt.

192.

Ankündigung des Verkaufs bey Loosungen.

Vorhin nahm man an, es habe derjenige keine Einstandsberechtigung und keine Loosung, dem vor abgeschlossenem Kauf das Vorhaben verkündigt worden, und der nicht eingestanden, sondern darauf stille gesessen ist, Carpzov II. Const. 49. Def. 6., noch mehr derjenige, welcher gesagt hat, er lasse sich den Kauf gefallen, Leyser CXCV. Med. 5. In unserem neuen Recht hat die erste Hälfte dieses Sazes mehr Grund als sie im alten hatte. Unser Landrecht unterscheidet Einstand (protimiseos jus) und Loosung (jus retractus) genauer von einander, als vorhin oft geschah.

Digitized by Google

Einstand sezt unabgeschlossene Unterhandlungen voraus, Loosung völlig abgeschlossene, Sz 1701 ba. und bc. Sobald jemand erklärt, er wolle nicht kaufen, so liegt darinn wesentlich die Angabe, er wolle in die Unterhandlungen nicht eintreten, und das ist folglich ein Verzicht auf das Einstandsrecht. Auch der wer still sizt, bis nach abgeschlossenen Unterhandlungen, schließt sich vom Einstandsrecht aus, weil später dasselbe nicht mehr statt findet. Der Schluß, daß derjenige, der in unabgeschlossene KaufUnterhandlungen nicht eintritt, wohl gar deren Fortsezung mit Andern billigt, daß der, sage ich, verzichte auf die Loosung, scheint nicht folgerichtig, da ein solcher ja vielmehr umgekehrt gerade dadurch, daß er den Abschluß mit Andern geschehen läßt, den Fall zu einer Loosung herbeyführt. Nur dem Einstand entsagt er bestimmt, den nach unserem Gesez jeder Looser hat, Sz. 1701 bb. Oder mit welchem Grund dürfte man sagen, derjenige vergebe sich durch Stillschweigen etwas an seinem Recht, der weiß, wenn er eine gewisse Handlung (hier den Kauf) zu Stand kommen läßt, so entstehe ihm gerade dadurch der Fall, sein anderes Recht, die Loosung nemlich, auszuüben: mit welchem Grund wollte man die Erklärung nicht zu kaufen, d. h. einen Vertrag über Preis und Waare, durch Bieten und Wiederbieten nicht unterhandeln zu wollen, dahin auslegen, ein solcher wolle auch nicht loosen, d. h. in einen berichtigten Kauf nicht einstehen: das hieße Entsagungen im Zweifel vermuthen, gegen den Saz 784. Nur Entsagung auf Einstand im engeren Sinn, mehr nicht liegt nothwendig in jener Handlung, mehr darf also nicht daraus geschlossen werden, so lang das Gesez nicht besonders dazu

Digitized by Google

berechtigt, Sz. 1108 b. Diese besondere Berechtigung ist jedoch auch in dem Sz. 1701 bc. zu finden. Dieser sagt: a.) wer einstands- aber nicht loosungsberechtigt ist, der muß zu den Unterhandlungen eines Rechtsgeschäfts berufen werden. b.) Wer in einem solchen Fall nicht berufen wird, der wird dadurch loosungsberechtigt. Man schließt daraus mit Grund, beede Berechtigungen seyen hierdurch wechselseitig als Mittel und Zweck in Verbindung gesezt: die Loosung soll Erhaltungsmittel für das Einstandsrecht seyn, und das Einstandsrecht die Loosung entbehrlich machen. Der Einstandsberechtigte soll zu den Unterhandlungen berufen werden, und nur, wenn dieses unterbleibt, hat er Loosung, Sz. 1701 bb. Jeder Loosungsberechtigte ist einstandsberechtigt, Sz. 66., also muß er berufen werden, also hat er keine Loosung mehr, wenn er berufen ist. Daraus sowohl als aus der Rechtsgleichheit, die in Umsazverträgen zwischen den Betheiligten Regel ist, folgt richtig, wenn der Einstandsberechtigte die Befugniß hat, eine sonst nicht statt findende Loosung auszuüben, sobald ihn der Käufer oder der Verkäufer den eigentlichen Einstand unmöglich machten, so müsse auch der Käufer und der Verkäufer das Recht haben, die statthafte Loosungsbefugniß nicht mehr zuzulassen, sobald von ihnen dem Einstandsberechtigten die Gelegenheit fruchtlos eröffnet wurde, durch seinen Einstand die vergebliche Mühe beeder Vertragspersonen in Abschließung eines ihnen doch nicht bleibenden Handels zu verhüten. Gerade dafür allein mußte allen Loosern die Einstandsberechtigung gegeben werden, die sonst ohne allen Zweck da stehen würde, Sz. 1701 b b. Abs. 3., denn wer würde wohl der Thor seyn, in unabgeschlossene Unterhandlungen einzutreten, die noch

Digitized by Google

aufgehoben oder höher getrieben werden können, wenn er noch in die abgeschlossene eintreten dürfte. Wer nun dieser ihm gesezlich gegebenen Einstandsbefugniß, zumahl wenn er dazu aufgefordert wird, sich nicht bedient, der begeht eine Nachlässigkeit wovon er die Folge der Entschädigung nach Sz. 1383. tragen muß, die dann hier in nichts anderem bestehen kann, als daß er nunmehr nicht weiter gegen den Willen der zwey Hauptvertragspersonen zu dem Vertrag zugelassen wird, in den er in Zeiten hätte eintreten können, und es nicht gewollt hat. Zwar kann der Loosungsberechtigte sagen, er sey deswegen nicht eingestanden, weil er alsdann auf einen höheren Preis würde getrieben worden seyen, sein Abstand sey nur ein Kunstgriff gewesen, ohne welchen der Andere nicht so wohlfeil abgeschlossen haben würde, welchen Vortheil er sich damit habe sichern wollen, und so wäre dieses nach Sz. 1116. ein Betrug, den nach Sz. 1117 a. niemand zu seinem Vortheil vor Gericht anziehen darf.

193.

Loosung gegen dritte Inhaber.

A. verkauft ein Haus, auf dem eine Dachloosung haftet, um 5000 fl. an B. Dieser findet gleich vierzehn Tage nachher Gelegenheit, es mit einem Gewinn von 600 fl. an C. zu verkaufen, der es suchte, um es einer heyrathenden Tochter als Heyrathsgut mitzugeben, an deren Mann D. es auch gleich verschrieben wird. Als dieses geschehen ist, und

Digitized by Google

noch vor Ablauf des LoosungsMonats, kündigt der bey dem ersten Kauf abwesende Dachlooser die Loosung mit Beobachtung aller Erfordernisse an, und hinterlegt des Endes, da D. den Kaufschilling nicht annehmen will, 5000 fl. bey Gericht, mit Erbieten zu Uebernahme aller Zahlungen, die ihm ferner obliegen möchten. D. will der Loosung nicht statt geben, a.) weil Heyrathsgut eine Schenkung, und noch dazu eine belastete Schenkung sey, deren persönliche Last, nemlich die Tragung der Ehebürden, der Looser nicht übernehmen könne und wolle, welcherley Vertragsarten der Saz 1701 ac. ausschließe, Erl. III. S. 567. b.) Weil der Looser zu wenig hinterlegt habe, da er 600 fl. mehr hätte hinterlegen müssen: hingegen der Looser behauptet zu a.) es komme nicht auf die Natur des lezten Vertrags an, sondern auf jene des Ersten; wenn nach diesem einmahl sein Loosungsrecht statt gefunden habe, so hätten veränderte Veräußerungsarten der folgenden Inhaber ihm solches nicht entziehen, noch auch zu b.) durch einen höheren Kaufpreis ihm die Loosung erschweren können, wesfalls er Berlich II. Concl. 41., Carpzov II. Const. 33. Def. 6. für sich anzieht, aus deren Meynungen er dieses altdeutsche Rechtswesen in denen durch das Landrecht nicht erläuterten Punkten erklären zu dürfen glaubt.

Allein obwohl dieses Rechtswesen den Sitten unserer Vorfahren sein Entstehen dankt, so wird es jedoch bey weitem nicht mehr mit jener Rechtsgunst betrachtet, mit welcher sie es in das Auge faßten, und hat desfalls namhafte Einschränkungen im Landrecht erlitten, Erl. III. S. 564. Alles kommt daher an auf die freye Entwicklung der Rechtswahrheiten, die aus den neuen Grundzügen, abgesehen von

den alten Rechtsmeynungen, Sz. 6 b., hervorgehen, Erl. IV. S. 567. Das neue Recht sezt Loosung wider dritte Inhaber fest, Sz. 1701 an., und erklärt damit eine der Loosung unterliegende Sache für eine solche, die nicht gehindert ist, auf Dritte überzugehen, also verkäuflich zu seyn, vergl. Sz. 1598., Erl. III. S. 569.; es dehnt die bey dem Wiederkauf gemachte Verordnung, daß solcher alle von dem neuen Besizer auf die Sache gekommene Lasten rückwärts auflöse, Sz. 1673., nicht auf die Loosungen aus, wie es hätte thun müssen, wenn dieses sein Wille gewesen wäre, es erklärt gerade im Gegentheil, daß der Looser erst vom Tag der angekündigten Loosung an, in die Rechte und Verbindlichkeiten des Käufers eintrete, Sz. 1701 ak., woraus folgt, daß er auch in alle inzwischen zu Stand gekommene Bestimmungen und Lasten des Guts eintreten muß: obwohl übrigens seine Loosungsfrist von dem ersten Verkauf an gerechnet wird, Sz. 1701 an., mithin dieser immer dasjenige Rechtsgeschäft bleibt, wider welches die Loosung gerichtet ist. Daraus fließt zu a.) daß, da der erste Vertrag ein reiner Umsazvertrag war, die Loosung allerdings hier statt finde, wenn gleich der jüngste Besizer vom ersten Erwerber durch ein nicht lösbares Rechtsgeschäft dazu gekommen war, und in so weit gilt die alte Rechts-Ansicht noch ferner. Es folgt aber ferner aus obigem, daß zu b.) nicht die Preisverbindlichkeit des ersten Kaufs, sondern deren erhöhte Bestimmung durch den zweyten, als denjenigen auf dessen Werth der Löser am Tag der Loosung die Verbindlichkeit gesteigert fand, übernehmen müsse, worinn von dem alten Recht das neue abweicht, wiewohl übrigens dem Looser nicht schaden mochte, daß er in diesem Zweifel

zu

zu wenig hinterlegte, da er sich zu allem gesezmäßig erboten hatte, Sz. 1701 ai.

194.

Untergang einer eingetauschten Sache.

A. hatte mit dem B. eine Stockuhr gegen ein Klavier vertauscht. Ersterer sendet dem leztern die Uhr, und läßt dagegen das Klavier fordern, das dieser gleich darauf ihm zusendet. Im Hintragen fällt unversehens von einem Dach ein großer Stein herunter, und zerschlägt das Klavier. B. weigert sich die Trümmer davon anzunehmen, und verlangt seine Uhr zurück, weil a.) so lang das Klavier ihm nicht überliefert gewesen sey, die Gefahr auf dem vorigen Eigenthümer ruhe, auch b.) dieser, der durch seine Leute die Uebersendung besorgt habe, deren etwaige Unvorsichtigkeiten tragen müsse, und daher c.) der A. seine nur unter der Bedingung des Gegenempfangs weggegebene Uhr wegen Mangels der Vertragsursache oder eingetretener auflösender Bedingung zurückfordern könne. Hiefür stritte auch die alte Rechtslehre, Brunemann II. Dec. 79. Jezt würde man nicht so entscheiden dürfen, denn zu a.) die Gefahr hängt jezt nirgends mehr von der Uebergabe, sondern von dem Eigenthum ab, das jezt durch den Vertrag selbst übergeht, Sz. 1138., wenn nicht von Sachen die Rede ist, welche durch die Uebergabe, z. B. mittelst Zuwägens, erst ihre volle Bestimmung erhalten, und ob nun zu b.) dieser Untergang in der Hand eines Bevollmächtigten des Käufers oder des Verkäufers erfolgt sey, mußte hier, wo keine

Digitized by Google

Schuld des Ueberbringers zur Sprache kam, einerley seyn, weil in einem wie in dem andern Fall der Verlust den Eigenthümer traf; somit war zu c.) da der Tausch durch die Einwilligung zu Stand kommt, Sz. 1703., jener Untergang eine erst nach der Vertragsschließung eingetretene Veränderung wesentlicher Umstände, welche keinem Vertrag seine Kraft benimmt, Sz. 1234a., noch als ein Mangel der Vertragsursache anzusehen ist.

195.

Verpachtung eines Mitgenusses an einer ungetheilten Gemeinschaft.

Drey Brüder übten eine Jagd in Gemeinschaft, so daß jeder das, was er schoß, für sich behielt, ohne weitere Ausgleichungsrechnung darüber zu halten. Nach einiger Zeit gefiel Einem derselben, der oft abwesend seyn mußte, diese Jagdweise nicht, er trug auf gemeinsame Verpachtung an, und da die übrigen Brüder dieses nicht genehmigten, gab er seinen ungetheilten Gemeinschaftstheil einem vierten in Pacht. Die beeden Brüder denen eine Gemeinschaft mit dem Vierten nicht anständig war, wollten ihn nicht zum Besiz der Mitjagd kommen lassen; dieser klagte gegen sie über diese Störung aus Sz. 1725.; die Brüder antworteten a.) der Pacht sey ungültig nach Sz. 577 bb., weil kein Miteigenthümer gegen den Willen der übrigen etwas unternehmen könne, wenigstens b.) müsse ihnen die Loosung dagegen so gut gestattet werden, als sie der Sz. 841. einem Erben gegen den nicht erbberechtigten Rechtsnehmer seines

Digitized by Google

Miterben gestattet, da der gleiche Grund einschlage, nemlich die Beseitigung eines unangenehmen Gemeintheilhabers. Der Verpächter, den der Pächter nun gemäß dem Sz. 1727. durch Aufforderung zur Gewährleistung beyladen ließ, versezte zu a.) wenn er die ganze Jagd ohne Miteinwilligung der übrigen verpachtet hätte, dann würde das Verbot der einseitigen Handlung anschlagen, da er aber nur seinen Theil am Genuß verpachtet habe, so sey diese unkörperliche Sache des GenußAntheils kein Miteigenthum, sondern etwas ihm allein Eignes, worüber er auch allein habe durch Verpachtung verfügen können, und berief sich in Ermanglung bestimmter Gesezverfügungen über diesen Fall auf ältere gleiche RechtsEntscheidungen bey Puffendorf T. I. Obs. 227. Zu b.) aber entgegnete der Pächter, der bloße Genuß einer unbeweglichen Sache sey nach Sz. 1401. Abs. 2., keine Liegenschaft, sondern gleich jeder Nuzung fahrende Habe, Erl. I. S. 383., auf die keine Loosung statt finde, Sz. 1701 aa., wenigstens sey diese nur auf Kauf- und nirgends auf Pachtverträge geordnet, und solle selbst dort nur statt finden, wenn ein Gesez oder Vertrag sie gibt. Auf Rathfragung, wie dieser Streit anzusehen sey, fand die Erörterung des ersten Streitpunkts über die Gültigkeit der Verpachtung wenig Anstand. Daß die Jagd ein Gegenstand eines Bestandvertrags seyn könne, darüber war kein Zweifel, und so kam es nur darauf an, ob von einer in ungetheilter Gemeinschaft stehenden Sache der Theil eines Mittheilhabers einseitig verpachtet werden dürfe. Hierüber entschied der Geist des Code Napoleon verneinend: er sagt im Sz. 1859. Abs. 2., jeder Gesellschafter darf sich der Sachen der Gesellschaft bedienen, jedoch nur zu einem

üblichen Gebrauch und nicht gegen den Vortheil der Gesellschaft; nun ist aber Verpachtung überhaupt nicht ein üblicher Gebrauch der Jagd, da sie nur in außerordentlichen Fällen verpachtet zu werden pflegt, und gegen den Vortheil der Theilhaber im Ganzen war es allerdings, wenn die Mehrere genöthigt werden sollten, mit einem unbekannten vielleicht unzuverlässigen Mann gemeinschaftlich zu jagen, vollends gar da, wo von der mehreren Gewandheit des Einen seiner mehreren Zeit und dem mehreren Eifer in der Jagd, die Größe seiner Theilnahme abhieng. Ferner sagt Sz. 1861. kein Gesellschafter könne ohne Zustimmung der Mitgesellschafter jemand in die Hauptgesellschaft aufnehmen, obwohl er auf seinen Antheil Dritte zu sich in die Gesellschaft nehmen könne, woraus der gesezliche Wille erkennbar wird, daß niemand dem Andern einen unangenehmen Gesellschafter also solle aufdringen können, daß der Andere mit einem solchen in unmittelbaren Verkehr kommen müsse, nach diesem Grund des Gesezes aber ist es offenbar einerley, ob dieses Aufdringen durch einen Bestandvertrag oder durch eine RechtsAbtretung vollzogen werde. Hierzu kam noch, daß der Sz. 595. mit 631. verglichen, die Lehre gibt, die Nuzung an einer fremden Sache könne nur von dem der allein im Genuß steht, nicht aber sobald ein Anderer, zumahl Eigenthümer, noch neben ihm Genußrecht daran hat, an Andere begeben werden. Im Landrecht kam noch die klare Verfügung hinzu, daß kein MitEigenthümer gegen den Willen der Uebrigen eine einzelne aus dem Eigenthum fließende Verfügung gültig treffen könne, außer jener, welche zu Erhaltung der Sache unverschieblich nothwendig oder für einzelne Fälle besonders vom Gesez erlaubt ist,

Digitized by Google

Sz. 577 b b. Keine dieser Ausnahmen trat hier ein, und unter die Gattungen, der aus dem Eigenthum fließenden Verfügungen, gehörte die Verpachtung doch unbezweifelt. Der Einwand, es sey dieses Verbot der einseitigen Verfügung nur auf solche Anordnungen, die auf das Ganze gehen, zu beziehen, nicht auf den einzelnen Antheil daran, war eine durch das Gesez nicht unterstüzte Einschränkung des allgemeinen Wortlauts desselben, mithin unzulässig, Sz. 6 b.: sie war auch in sich unbegründet, denn das MitEigenthum haftet auf jedem Theil und auf jeder Zugehörde der Sache, Saz 577 b a., der Genuß den der eine MitEigenthümer macht, ist also immer zugleich ein Genuß der Sache seines MitEigenthümers, und der nur in der Vorstellung als trennbar gedenkbare Antheil ist in der Wirklichkeit getrennt nicht vorhanden, wo das Eigenthum ungetheilt ist, es ist hier ein Gebrauch des eigenen Antheils nicht möglich, der nicht zugleich ein Gebrauch des Antheils des Andern wäre: mithin bleibt die Verpachtung eines nur vorgestellten Antheils immer eine Verpachtung einer gemeinschaftlichen Sache, und eine einseitig nicht erlaubte Verfügung. Hierwider verdiente die weitere Bemerkung keine Aufmerksamkeit daß auf diese Weise dem Abwesenden sein Theil unnüz würde; denn ihm blieb immer frey, Theilung sowohl des Genusses als des Eigenthums zu verlangen, Sz. 577 b g., 815., und ebenso seinen abgesonderten Theil zu verpachten. War etwa auch angegebenermaaßen das Jagdrevier zu klein, um einer jagdgerechten Theilung nach Bezirken empfänglich zu seyn; so blieb immer noch die bürgerliche Theilung, wo einem oder etlichen der Genuß und den andern eine verhältnißmäßige Vergütung dafür angewiesen wird, und die

Mutschirtheilung möglich, und deren vorgängig würde der dritte Bruder seinen abgesonderten Genußtheil alsdann an einen des jagdgerechten Gebrauchs wegen unanstößigen Pächter ohne Anstand haben begeben können.

Bey der zweyten Hauptfrage über die Statthaftigkeit einer Gemeinschaftsloosung sahe man zwar die Jagdgerechtigkeit allerdings für eine Liegenschaft an, da der Sz. 526. dahin alle unkörperliche Sachen zählt, deren Gegenstand, worauf sie sich beziehen, liegenschaftlich ist, wie dann ebendeswegen dort die Grundgerechtigkeiten und im Sz. 526 a. die Erbdienstbarkeiten für unbeweglich Gut erklärt sind, in welch ein oder andere Klasse die ewige Jagdgerechtigkeiten, je nachdem sie von einem Gut abhangen, oder selbstständig sind, gerechnet worden seyn würden, wenn das Landrecht ihrer gedacht, und sie nicht dem Staatsrecht überlassen hätte. Auch kann es nach allgemeinen Grundsäzen nicht anders seyn, weil Jagdrecht nichts anders ist, als ein Recht an noch unbezogene Gutsfrüchte, wofür nemlich das noch ungeschossene Wild, so lang es auf dem Gut ist, gelten muß, alle hangende Früchte aber gleicher Natur sind, wie die Liegenschaft welcher sie anhangen. Daß der Genuß in die Fahrnißgemeinschaft fällt, fließt aus der Natur dieser leztern, nicht aus der Natur des Genusses, wovon dieß der klarste Beweis ist, daß nach dem angezogenen Sz. 1401. Abs. 3. selbst errungene Liegenschaften in solche fallen. Mag daher immer das Jagdrecht als eine Nuzung angesehen werden, im Gegensaz gegen eine Nuznießung, so würde sie doch dieses nur beweglich machen, wenn von einer persönlich verliehenen die Rede wäre, die nichts selbstständiges sondern etwas der Person anhängiges ist, mithin gleich einer gemeinen Nuzungsge-

Digitized by Google

rechtigkeit nicht gekauft noch verpachtet werden könnte, Sz. 631. Aber eine selbstständige ewige Gerechtigkeit gehört nicht in diese Reihe der persönlichen Dienstbarkeiten, sondern obenbemerktermaaßen vermöge der Beschreibung des Sz. 637 und 710a., in jene der Grund- oder ErbDienstbarkeiten. Allein war dieserwegen die Sache lösbar, so war es doch der Vertrag nicht, durch den sie in Rechtsverkehr kam. Der Saz 841. spricht nur von Kauf, und obwohl der Sz. 1701 ac. von Verträgen auf Umsaz spricht, wohin auch Bestandverträge gehören, so bezeichnet doch das in dem nemlichen Saz vorkommende Wort: Handkauf, und die in den Säzen 1701 ad. ai. ak. ba. vorkommende gleichförmige Rückweisung auf Kaufgeschäfte bestätigt, daß das Gesez nur solche Umsazverträge, wodurch Eigenthum, und nicht bloßer Genuß umgesezt wird, vor Augen habe. Auch der Geist des Gesezes läßt keine Ausdehnung zu; denn zur Rechtfertigung eines Loosungsgesezes gehört nicht bloß das, daß dem Löser ein gesezlich benannter Billigkeitsgrund zur Seite stehe, warum gegen ihn eher als gegen den Andern der Umsaz hätte geschehen sollen, Sz. 1701 ab., welches freylich dem Gemeinstheilhaber bey dem Pacht so gut als bey dem Kauf erwünschlich seyn kann, sondern es gehört weiter dazu, daß dem Veräußernden der Eine Erwerber so gut wie der Andere seyn könne, wie das Gesez dadurch hinlänglich an den Tag giebt, daß es selbst bey Umsaz des Eigenthums der Loosung alsdann nicht statt gibt, wenn persönliche Gegenleistungen dafür bedungen sind, Sz. 1701 ac. Bey einem Kauf wo dieses nicht ist, kann freylich dem Verkäufer das Geld eines Käufers so gut als das eines Andern seyn, und mit der Sache die er verkauft,

Digitized by Google

will er ja vermöge dieses Vertrags nichts weiter zu thun haben. Aber bey dem Bestand verhält sich dieses anders; hier wird nicht in ein oder etlichen Zielern, sondern jährlich gezahlt, hier kommt ferner dem Bestandgeber, dessen Eigenthum die Bestandsache nach wie vor bleibt, viel darauf an, wie sie behandelt werde, und es kann unmöglich jeder Beständer ihm gleich gut seyn, wie dann ebendeswegen unser Landrecht die im Sz. 1717. dem Beständer in etwas zu allgemeinen Ausdrücken zugesprochene PachtUebertragungsBefugniß im Zusaz 1717a. an die Zufriedenheit des Bestandgebers gebunden hat, Erl. III. S. 585. Bey dem Pacht trifft also der Rechtfertigungsgrund eines Loosungsgesezes nicht ein. Wo es am Buchstaben und am Geist des Gesezes gebrach, da konnte der Loosung um so weniger Raum gegeben werden, als sie eine Beschränkung des Eigenthums ist, die immer im engsten Sinn genommen werden soll, Sz. 544a.

196.

Gemeindspflicht bey Kriegsfrohndschäden.

Wenn ein bespannter Bauer vom Feind mitgenommen wird, und dabey Wagen und Pferde verliert, so kann dieses, je nachdem die Staatsgeseze billig sind, ein Unfall seyn, für den ihm vom ganzen Staat Vergütung durch Ausgleichung der Kriegsschäden werden muß: wo sich der Staat dieser Ausgleichung entzieht, da bleibt der Schaden auf dem Eigenthümer, den er traf, gleich jedem andern Kriegsschaden: die Gemeinde, als solche, hat in diesem Fall keine bürgerliche Pflicht zum Ersaz, da er nicht als Gemeindsglied, sondern

Digitized by Google

bloß überhaupt als Staatsunterthan in die Lage der feindlichen Behandlung kam. Umgekehrt wenn der Feind die Stellung eines bespannten Wagens an die Gemeinde forderte, und diese den Fuhrmann um Lohn dingte, ohne solche Unfälle auf sich zu nehmen, ist sie dafür wiederum nicht verbindlich. Das Fuhrverding ist nemlich nichts anders als ein Bestand, wobey der Fuhrmann als Bestandgeber sein Vieh und Wagen dem, der ihn zu fahren dingt, als Beständer des Gefährts zu einem bestimmten Gebrauch mit dem Nebengeding durch seine eigene Kräfte das Werk der Ueberführung zu besorgen überläßt, oder ein über Sachen und Dienste zugleich geschlossener Bestand, Sz. 1709. und 1710. vergl. mit 1779. Nun ist es Regel des Bestands nach Sz. 1722. daß wegen der zu Grund gegangenen Bestandsache keine Entschädigung statt habe, sondern sie nach Sz. 1722. den Bestandgeber als Eigenthümer treffen, so weit sie nicht der Beständer durch Vertrag besonders übernommen hat. Dem Fuhrmann geschieht auch damit nichts unbilliges: denn entweder hat er einen nach Verhältniß der Gefahr erhöhten Fuhrlohn bedungen, in diesem Fall hat er einen Glücksvertrag eingegangen, Sz. 1964., und wenn dieser ihm nicht zu Glück schlägt, so ist nach der Natur der Sache der Schaden sein; oder er hat dieses nicht, und dennoch ein so gewagtes Geschäft übernommen, ohne sich gegen solche leicht vorzusehende Unfälle Gewährleistung zu bedingen, so trägt er die Folgen seiner Rechtsunwissenheit oder Nachlässigkeit hier wie ein Jeder in jedem Fall. Aber zwischen diesen beeden Fällen liegt ein Dritter mitten inne, daß die vom Feind oder vom Staat für den Feind aufgeforderte Gemeinde, hinwiederum kraft des Gemeindefrohndrechts, vergl. VI. Konst. Ed.

Digitized by Google

Art. 16., den bespannten Bauern aufforderte, den nachmals ein solcher Unfall begegnete. In diesem Fall will Hommel Rhaps. Obs. 194., daß die Gemeinde als Geschäftsherr angesehen, und den Bauern als Geschäftsführer zu entschädigen angehalten werden müsse. Diese Ansicht unterliegt jedoch mehreren Anständen. Vorerst sezt Geschäftsführung voraus, daß man die Geschäfte des Herrn, wenn auch nicht ohne dessen Wissen, Sz. 1372., doch ohne dessen Aufforderung verrichte, weil sonst nicht jener bloße Halbvertrag, sondern ein wahrer Vertrag vorhanden seyn würde. Eher kann man es einen Auftrag nennen, da die ausdrückliche Aufforderung der Gemeinde in ihrem Namen die Kriegsfuhre zu thun, alle im Sz. 1984. aufgestellte Erfordernisse eines solchen zu erschöpfen scheint. Mit der wirklichen Bejahung dieser Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses wäre dann auch die Entschädigungsfrage klar entschieden, nach Sz. 2000. Es kommt jedoch zu bemerken, daß zu dem Auftragsvertrag, nach Sz. 1984. und 1985., die freywillige Annahme gehöre: allein kein Bauer der zur Frohnd geboten wird, nimmt freywillig an, sondern er geht kraft auf sich habender Frohndpflichtigkeit alsdann, wann ihn die Reihe trifft, nach welcher allein er von der Gemeinde aufgefordert werden kann. Nun ist es eine in sich richtige Wahrheit, daß derjenige, der eine Pflicht erfüllt, damit nicht ein fremdes sondern sein eigenes Geschäft führe, wenn gleich der Gegenstand des Geschäfts demselben fremd ist. Hieraus will geschlossen werden, daß ein solcher Gemeindsmann jene bürgerrechtliche Anspruchsrechte auf Entschädigung nicht zu machen habe, die demjenigen im Gesez zugesprochen sind, der aus freywilliger Gutmüthigkeit

Digitized by Google

für fremden Vortheil ein Geschäft führt. Dieses würde auch vollkommen richtig seyn, wenn hier von einem Geschäft die Rede wäre, das nach seiner ganzen Einzelheit (Individualität) in der Pflicht läge, z. B. wenn ein Gutsbesizer die Pflicht hat, alle Jahr auf einen bestimmten Tag an einen bestimmten Ort dem Gutsherrn eine bestimmte Menge von Früchten hinzuführen, und ihm nun auf dieser Fahrt einmahl ein Unglück zustößt, so ist streng rechtlich der Gutsherr ihm zu keinem Ersaz verbunden, sondern was er desfalls thut, ist eine von natürlicher Billigkeit aufgerufene Milde. Aber ein solcher Fall liegt jenen Beyspielen nicht zum Grund, wo ein Ortsbürger zu Gemeindsfrohnden aufgeboten wird. Ein solcher übernimmt dadurch, daß er Gemeindsbürger wird, die Pflicht die ihm nach der Reihenordnung zukommende Hand- oder FuhrfrohndAufträge der Gemeinde zu besorgen, wie der Staatsdiener, die Pflicht übernimmt, einzelne Dienstbefehle des Dienstherrn, und wie jeder Gemeingewalthaber (mandatarius generalis) damit die Verbindlichkeit auf sich ladet, alle ihm zukommende einzelne Aufträge seines Gewaltgebers während der Auftragsdauer zu besorgen. Mit dieser Uebernahme oder Einwilligung in den besondern Auftrag ist nachmals die Pflicht erfüllt, und dasjenige ist vollendet, was in der Sache sein Geschäft genannt werden kann; die weitere Ausrichtung des Auftrags ist und bleibt das Geschäft dessen, für den es verrichtet wird, ebensowohl als wenn es von jenem ohne vorhergegangene Verbindlichkeit einzeln übernommen worden wäre, und dieser besondere Auftrag ist kraft des vorausgegangenen freywilligen Vertrags, mit welchem man die Pflicht ihn zu übernehmen auf sich lud, eben so gut freywillig

als ob er ohne alle vorausgegangene Verbindlichkeit übernommen worden wäre, vermöge der Vernunftlehre: ratio rationis est quoque ratio rationati, und quod ab initio fuit voluntatis ex post facto fit necessitatis. So wie nun unter diesen Umständen der Sz. 2000. offenbar jenem Gewalthaber zu gut kommen müßte, der aus einem vorausgegangenen GemeinAuftrag wider Willen genöthigt gewesen wäre, einen SonderAuftrag zu vollziehen, weil dieser buchstäblich noch unter den Worten seiner Verfügung begriffen ist, so fordert nachmals auch die durchgehende Rechtsähnlichkeit, in welcher ein solcher Gemeindsmann mit jenem steht, die gleiche Entscheidung auf diese anzuwenden.

197.

Sammtverbindlichkeit bey Leihe und Bestandverträgen.

Der Saz 1887. erklärt mehrere Entleiher dem Ausleiher allgemein für sammtverbindlich. Beseitigt ist dadurch die ehemalige Meynung der Rechtslehrer, als ob die Sammtverbindlichkeit der Entleiher nur aus Vergehen und Versehen entspränge, und die ursprüngliche Rückgabsverbindlichkeit nichts angehe, Carpzov II. Const. 26. Def. 14. Auch gilt dieser Fall, gleich allen jenen, wo der Vertrag eine Sammtverbindlichkeit mit sich bringt, für eine Ausnahme von dem Sz. 1382d., der vorsäzliche Zusammenwirkung bey unrechten Thaten zu Erzeugung einer Sammtverbindlichkeit erfordert, oder richtiger zu reden, diese leztere Regel die nur von Vergehen und Versehen als Verbind-

Digitized by Google

lichkeiten die ohne Vertrag entstehen, ausgesprochen ist, erstreckt ihr Gebiet gar nicht über jene Fälle, wo die Sammtverbindlichkeit aus Verträgen folgt, und nun von einem dawider begangenen Versehen die Rede ist. Aber die alte Rechtslehre erstreckte auch jene Sammtverbindlichkeit auf mehrere Beständer, die eine Sache gemeinschaftlich in Bestand nehmen, Carpzov l. cit. Diese Erstreckung würde unserem Saz 6b. zuwider seyn. Denn ausdrücklich ist sie im Rechtsbuch nicht ausgesprochen; auf Rechtsähnlichkeit kann sie auch nicht gegründet werden, weil die Unentgeldlichkeit der Benuzung in der Leihe zwischen ihr und dem Bestand einen so wesentlichen Unterschied macht, und so manche Eigenheiten der Leihe begründet, daß man das, was für diese geordnet ist, nicht auf die gegen Entgeld gegebene Bestandbenuzung anwenden kann, mithin muß es hier bey der Regel bleiben, daß eine Sammtverbindlichkeit nicht vermuthet wird, sondern durch Gesez oder Vertrag bestimmt ausgesprochen seyn muß. Hierwider ist auch ein Einwand aus dem Sz. 1734. nicht zu entlehnen, der eine Sammtverbindlichkeit mehrerer Miether für eine Feuersbrunst ausspricht. Denn diese Stelle die nicht einmahl besonders von gemeinschaftlichen Miethern spricht, sondern von allen die der Zufall in ebendasselbe Haus zusammenführt, hat, wie die ganze Verfügung, ihren ganz eignen Grund, Erl. III. S. 591., und gehört daher unter den Ausspruch des Rechtslehrers Paulus, quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentiam, L. 14. ff. de Legib.

198.

Stillschweigende Pachterneuerung der Abwesenden.

Wenn ein Abwesender sein Gut selbst, obgleich nur auf bestimmte Zeit verpachtet hat, so sey der Pacht als durch stillschweigende Erneuerung so lang fortdauernd anzusehen, als die Rechtsvermuthung des Lebens für ihn fortwirke, meynt Berger Oec. jur. L. 3. T. 5. Th. 20. Nro. 4. Diese Ansicht können wir jezt wenig mehr benuzen. Die einschlagenden Fälle sind folgendermaaßen zu behandeln:

1.) ist der Bestandgeber an bekannten Orten abwesend, so ist er so gut als gegenwärtig, und wenn er also nicht aufkündet oder aufkünden läßt, so entsteht freylich jedesmahl eine Bestanderneuerung, Sz. 1738.;

2.) ist er vermißt, hat auch keinen Gewalthaber hinterlassen, so muß alsdann das Nemliche eintreten, weil niemand inzwischen das Recht hat, in seine Sachen sich zu mischen, so lang nicht irgend eine Nothwendigkeit zu handeln durch ein Rechtsbegehren eines Andern eintritt, wofür der Richter einen Rechtsbeistand verordnet, Sz. 112—114.

3.) Hat er einen bevollmächtigten Geschäftsführer hinterlassen, so kann dieser ohne Zweifel Aufkündigungen so gut thun als annehmen, weil dieses beedes Verwaltungshandlungen sind, Sz. 841., welche keiner besonderen Aufträge bedürfen, Sz. 1988.

4.) Ist aber der Abwesende verschollen, also sein Gut in den fürsorglichen Besiz der Erbpfleger übergegangen, so erlangen diese damit die gesezliche Verwaltung, Sz. 125.,

Digitized by Google

wozu das Recht der Bestandgabe mit gehört, Sz. 481. 450., und können also von der Einziehung, so wie von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Verlängerung des Pachts nach ihrem Gutfinden um so weniger ausgeschlossen werden, als das Gesez seine Beschränkung über ihre Verfügungsgewalt an Liegenschaften nur auf Veräußerung und Verpfründung ausspricht, Sz. 128.

199.

Bürgschaften für Pachterneuerungen.

Nach altem Recht wird derjenige Bürge, der einem Bestand auf bestimmte Zeit beytritt, dennoch alsdann auch nach Verfluß dieser Zeit für verbindlich geachtet, wenn bedungen war, daß die Endigung nur durch ausdrückliche vorgängige Aufkündung begründet, im Gegenfall aber der vorige Bestand für erneuert angesehen werden solle, Pufkendorf T. II. Obs. 42. Die Anwendung gleicher Entscheidung im neuen Recht ward damit bestritten: a.) weil die Zeitbestimmung als ein Versprechen des Schuldners den Bürgen in der bestimmten Frist zu entledigen gelten müsse, das diesem ein Recht gebe auf Schadloshaltung, folglich auf Entlassung aus der Verbindlichkeit zu bringen, Sz. 2032. Abs. 3.; b.) weil eine Bürgschaft über die Schranken worinn sie geleistet worden, nicht ausgedehnt werden dürfe, Sz. 2015.; c.) weil nach Sz. 1740. die Bürgschaft für den Bestand nicht auf solche Verbindlichkeiten sich erstreckt, die aus der Verlängerung des Vertrags entstehen. Nun konnte man zwar zu a.) die Zeitbestimmung nicht für ein Verspre-

Digitized by Google

chen nehmen, den Bürgen in dieser Zeit zu entledigen, da ja ausdrücklich das Fortgehen des Vertrags im Nichtaufkündungsfall vorbehalten war, und die Zeitbestimmung nur festsezte, wie lang zuvor der Pacht unaufkündlich seyn solle; auch konnte zu b.) das Gesez über die Nichtausdehnbarkeit der Bürgschaft nichts helfen, da eben das in Frage stand, ob nicht, so wie die Dauer des Bestands bis zur Aufkündung, also auch die Dauer der Bürgschaft bis dahin, in den Vertragsschranken liege; hingegen zu c.) ließ sich dem Gesez über die Nichtverbindlichkeit des Bürgen für Erneuerungen nichts entgegen sezen, da es ausdrücklich mit für den Fall des Sz. 1739., wo eine stillschweigende Erneuerung durch Nichtaufkündung geschieht, vermög der Gesezes Worte: in beeden Fällen, gegeben ist, und es also hinreichte, daß hier von einem Bestand die Rede war, der eine bestimmte Bestandzeit hatte, die abgelaufen ist. Diesem wollte damit begegnet werden, daß der Bestand im vorliegenden Fall für abgeschlossen auf unbestimmte Zeit und die Erwähnung der sechs Jahre nur für ein Geding, der Aufkündung sich vor sechs Jahren nicht zu bedienen, angesehen werden solle: und richtig ist es, daß wenn ein auf unbestimmte Zeit gegebener Bestand in Frage gewesen wäre, die Bürgschaft für die ganze Zeit hätte gelten müssen, so lang nicht der Bürge aus einer allzulangen Erstreckung seiner Verbindlichkeit auf Entledigung gedrungen haben würde, Sz. 2032. Allein man konnte mit dem angezogenen Puffendorf den Vertrag nicht für eingegangen auf unbestimmte Zeit achten, einmahl weil der Pacht immer betagt ist, oder seine bestimmte Zeit hat, die Zeit mag als Anfangsziel für eine Aufkündung, wie hier, oder als Stellvertreterin der Aufkündung angesehen

sehen werden, als welche Verschiedenheit nur die Eigenschaft und Wirksamkeit der Zeitbestimmung, nicht ihr Daseyn, betrifft, zum andern, weil der ZeitAblauf ohne Aufkündung eine Erneuerung wirken sollte, der Bestand also nach dem Ablauf nicht mehr für den vorigen, sondern für einen erneuerten gelten muß, von dem, wie gesagt, das Gesez den Bürgen frey spricht, weshalb dieser, um frey zu werden, keiner besondern Vorsorge im Vertrag nöthig hatte; zum dritten, weil nach Sz. 1738. der Erneuerte nicht wieder auf die vorige Zeit und Art, sondern nur als mündlicher Bestand gilt, mithin desto weniger mehr der vorige ist.

200.

Bestand Entschädigung bey nothwendigen Verkäufen.

Außer dem, daß nach gemeinem Recht der Käufer den Beständer austreiben kann, nahm man auch an, der Bestandgeber sey diesen zu entschädigen nicht schuldig, sobald der Verkauf aus einer nothwendigen Ursache geschehen sey, Mevius II. Dec. 88., wiewohl andere Rechtslehrer darinn widersprachen, Leyser CXX. Med. 9. Jene Nichtschuldigkeit fällt jezt so gut weg, als das Austreibungsrecht. Denn a.) der Grund, aus welchem man die Folge zog, weil nämlich der Beständer nach Roms Rechten wegen eigener Bedürftigkeit den Bestand aufkünden könne, ist durch Napoleons Recht ausdrücklich aufgehoben, Sz. 1761., so weit solche Befugniß nicht ausdrücklich angedungen würde,

und b.) da, wo sie angedungen ist, soll bey jedem Verkauf, also auch bey dem der aus Selbstbedürfniß geschieht, der Beständer vom Bestandgeber nach einem bestimmten Maas entschädigt werden, Sz. 1745., wie dann eben deswegen c.) in der Gant den Gläubigern nicht das Recht den Bestand der Güter ihres Schuldners aufzuheben, sondern nur jenes ihn zu benuzen gegeben wird, Sz. 2102. Abs. 1.

201.

Aufsagung der Miethe wegen Entbehrlichkeit.

Vorhin war allgemein dem Vermiether erlaubt, wegen eigenem Gebrauch eines Hauses, einen Zeitbestand umzustossen: dieses ist im Code Napoleon aufgehoben, Erl. III. S. 599. Schon damals als jenes Gesez noch galt, und manche daher den Schluß zogen, daß bey der Gleichheit der Rechte der Vertragspersonen auch umgekehrt der Miethmann bey unversehens eingetretenem Nichtbedürfniß den Miethvertrag vor der Zeit umstoßen könne, behauptete der mehrere Theil der Rechtslehrer, daß er dazu nicht befugt sey, weil das, was dem Bestandgeber als Eigenthümer über die Regel hinaus wegen Begünstigung der Eigenthumsrechte zugestanden werde, dem Beständer umgekehrt zum Nachtheil des Eigenthumsherrn nicht zugestanden werden könne, Cramer IV. Obs. 1101. Wichtiger als dieser etwas einseitige Grund ließ sich für diese verneinende Meynung noch anführen, daß dem Vermiether im Bedürfnißfall viel daran gelegen seyn kann, nicht selbst im Hauszins her-

Digitized by Google

umzuziehen, indeß er ein eignes Haus in fremdem Genuß sehen muß, wo hingegen dem Miethmann, der der Miethe nicht bedarf, durch deren Fortdauer keine beträchtliche Beschwerde zugehen kann, weil er das Recht der Aftervermiethung hat, wenn er sich dessen im Vertrag nicht begab, Sz. 1727., in welchem Fall er selbst Urheber, der ihm zuwachsenden Beschwerde wäre. Jezt wo das Gesez nicht einmahl dem Vermiether eine Umstoßung des Bestandes wegen eigener Bedürfniß nachsieht, Sz. 1761., kann es nicht den mindesten Zweifel mehr haben, daß das Nichtbedürfniß des Miethers noch weniger eine UmstoßungsUrsache sey.

202.

VerbesserungsAufwand des Pächters.

Ueber den ErhaltungsAufwand des Nuznießers sowohl als des Pächters, hat das Gesez besondere Verordnung gegeben, Sz. 605. 1730. 1754. Derselbe muß ihm stets nach dem Maas der nothwendigen und nüzlichen Auslagen erszt werden, so weit er HauptAusbesserungen betrifft, weil diese eine Geschäftsführung für den Eigenthümer sind, Sz. 1375., aber über die Forderung eines etwaigen VerbesserungsAufwandes schweigt das Gesez. Vorhin nahm man an, der Beständer könne den VerbesserungsAufwand nach dem, was er kostete, fordern, und sey nicht schuldig sich mit demjenigen zu begnügen, was er am Ende der Bestandzeit für den Eigenthümer noch wirklich werth ist, wornach doch ein redlicher Besizer mit seinem VerbesserungsAufwand würde ausgewiesen werden, Ma-

Digitized by Google

vius III. Dec. 41.; Berlich II. Dec. 50.; Brunnemann V. Dec. 54. Zu diesem Unterschied sind wir ferner nicht berechtigt. Nuznießer und Beständer sind redliche Inhaber, und sind von einem redlichen Besizer nur darinn unterschieden, daß dieser nicht weiß, es sey eine fremde Sache, auf welche er einen VerbesserungsAufwand macht, welches hingegen Beständer und Nuznießer wohl wissen. In diesem Unterschied liegt kein Grund, dem Beständer und Nuznießer eine größere Ersazforderung zuzugestehen, als dem redlichen Besizer; man muß vielmehr umgekehrt schließen, was sogar derjenige nicht wieder fordern darf, der alle Vorsicht bey der Verwendung nahm, die damals nöthig scheinen konnte, der aber weder Anlaß noch Möglichkeit hatte, den Eigenthümer vorher desfalls zu begrüßen, das können Beständer und Nuznießer noch weniger wiederfordern, welche diese Gelegenheit haben, und mithin nicht alle Vorsicht anwenden, wenn sie diese Anfrage vorher zu thun unterlassen. Diese Schlußart ist um so bündiger, weil beede die Sache genießen müssen, wie sie ist, Sz. 578. 1723., mithin keine Pflicht, ja genau genommen, meistens nicht einmahl ein Recht haben, bloße Verbesserungen vorzunehmen, weil diese immer eine Aenderung in dem übergebenen Zustand der Sache unterstellen. Alles kommt demnach darauf an, ist ein Auftrag des Eigenthümers ausdrücklich oder stillschweigend vorausgegangen, oder nicht. Wo ein solcher vorausgieng, da fordert der Nuznießer oder Beständer den VerbesserungsAufwand nach den AuftragsRegeln zurück, d. h. es müssen ihm alle desfallsige nicht den bloßen Genuß berührenden, und redlich gemachten Auslagen vergütet werden, es mag davon viel oder wenig dem Ei-

Digitized by Google

genthümer zu gut kommen, selbst dann, wenn dieser auch etwa sie wohlfeiler hätte bestreiten können, Sz. 1999. Wo aber kein Auftrag vorhergieng, da können beede mehr nicht wiederfordern, als das, was jedem redlichen nicht zum Ersaz des Früchtengenusses verbundenen Besizer zu erstatten ist, und das besteht entweder in der wahren Auslage oder in den zu Ende der Nuznießungs- oder Bestandzeit noch vorhandenen Werth der Verbesserung noch der Wahl des Eigenthümers, Sz. 555. Diese Ansicht wird dadurch bestätigt, daß auch der Nuzeigenthümer mehr nicht bey dem Heimfall wieder fordern kann, als den wirklichen Werth der Verbesserung, sobald solcher geringer ist als die Auslage war, Sz. 577 ak. Vergebens würde der Eine oder der Andere sich darauf berufen, daß sie das Geschäft des Eigenthümers dadurch geführt hätten, welches einem Auftrag gleich gelte, Sz. 1372., und daß sie daher alle zum Nuzen gemachte Auslagen wiederfordern könnten, Sz. 1375.: denn beede verbessern die Sache um ihres eignen Vortheils willen, und sind gar nicht befugt, für den Eigenthümer ein solch neues Geschäft, wie eine Verbesserung allemahl ist, unangezeigt zu unternehmen, sie können daher, wenn sie es dennoch thun, wegen der Widerrechtlichkeit dieser Unternehmungsweise mehr nicht als den wirklich dem andern noch zukommenden Werth der Verbesserung fordern, Sz. 1375 a.

Digitized by Google

203.

Zufällige Beschädigungen der Werkleute und Dienstboten.

Wenn einem Werkmeister in der Verrichtung eines verdungenen Werks ein Unglück begegnete, so war der Werkherr kraft ausdrücklicher Gesetze der Ersatzpflicht entladen, L. 2. §. 1 ff. de L. Rhod. d. jact.: da nun auch ein Gewaltgeber losgesprochen ist, den Schaden zu ersetzen, der aus solchen Zufällen entspringt, die dem Gewalthaber bey Verrichtung seines Auftrags zustoßen, L. 26. §. 6 ff. mandati, so schlossen die Rechtslehrer daraus, daß auch ein Hausherr seine Dienstboten für dergleichen Unfälle zu entschädigen nicht schuldig sey, Leyser CXII. Med. 4. Das Napoleonische Recht entscheidet jenen Fall nur in Bezug auf Gewalthaber, und da stellt es geradezu die entgegengesetzte Lehre auf, daß der Gewaltgeber den Gewalthaber auch für jenen Schaden entschädigen müsse, den er bey Gelegenheit seiner Geschäftsführung ohne Anlaß eigener Unvorsichtigkeit erlitten hat. Man hüte sich, diese ändernde Entscheidung auch auf Werk- und DienstVerdinge überzutragen. Sie beruht auf dem Saz, daß die natürliche Billigkeit fordere, denjenigen, der unvergolten einem Andern dient, da verlustfrey zu halten, wo der Schaden aus Gelegenheit der Geschäftsführung entsteht, und folglich ohne sie den Gewalthaber nicht würde getroffen haben. Dieser Grund leidet auf Umsazverträge keine Anwendung; hier, wo jeder Theil gleichheitlich seinen Nuzen sucht, ist es auch billig, daß jeder den bey dieser Bemühung ihn treffenden Zu-

Digitized by Google

fall auf sich leide, so weit der Andere nicht einen besondern Anlaß dazu gab, z. B. wenn er einen fehlerhaften Werkstoff gegeben, und dieser Schaden zugefügt hätte, Sz. 1790. Es bleibt mithin desfalls bey den allgemeinen Regeln, Erl. III. S. 304., von denen keine Ausnahme für jene Fälle geordnet ist. — Was aus BilligkeitsRücksichten Dienstherrschaften thun, oder Polizeygeseze ordnen, ändert das Recht nicht.

204.

Liedlohns Forderungen der Kinder an Eltern.

Diese in der alten Rechtsverfassung verschiedentlich beantwortete Frage, wollte man für eine im neuen Recht nicht mehr aufzubringende ansehen, weil es die Kinder lebenslang zur Ehrfurcht und Gehorsam anweiset, Sz. 371., woraus folgen sollte, daß die Kinder sich denen an sie geforderten Arbeiten nicht entziehen, mithin auch außer gutwilligen elterlichen Belohnungen dafür nichts verlangen könnten. Allein so arg ist es mit jenem lebenslänglichen Gehorsam nicht gemeynt. Dieses zeigt der Gegensaz im Sz. 372., der die Gewalt (autorité) der Eltern nur bis zur Volljährigkeit bestehen läßt, so daß die Folge der Gewalt — Unterwürfigkeit — dort endet. Welches sind dann aber nun die Grenzen des Gehorsams und der Unterwürfigkeit? Natürlich keine andere, als die Scheidungsmerkmahle ihrer verschiedenen Quellen, welches dort Ehrfurcht hier Gewalt ist. Ehrfurcht wirkt sittlich, und

Digitized by Google

ihre Wirkungen fließen ins bürgerliche Leben meistens nur verbietend ein, in so weit sittliche Uebertretungen, die gegen Andere gar nicht oder geringer gerügt werden, gegen Eltern einer schärferen Würdigung und Ahndung unterliegen: gebietend können sie nur da wirken, wo ein Gesez namentlich eine bürgerliche Handlungsnothwendigkeit an sie angeknüpft hat, wie z. B. bey dem ehrerbietigen Ansuchen zur Genehmigung eines Heyrathsvorhabens. Gewalt wirkt durchaus gebietend, und umfaßt alles was nicht durch ein verbietendes Gesez unmittelbar oder folgweise ausgenommen ist. Hiernach müssen wir also die Beantwortung der Frage verschieden stellen, je nachdem Dienstleistungen vor oder nach der Volljährigkeit in Frage sind. Während der Minderjährigkeit können ohne Widerrede die Eltern von den Kindern anständige, deren Kräften angemessene, und ihrer Erziehung nicht geradezu widerstrebende Dienste aller Art fordern, und diese solche nicht ablehnen, mithin auch keine Bedingung des Liedlohns sezen, weil ihre Kräfte und deren Gebrauch von der elterlichen Gewalt umfaßt werden, ob übrigens diese Dienste natürliche und häusliche oder künstliche und gewerbfördernde sind, worauf man sonst sah, Leyser XVII. Med. 1. et 2., ist jezt einerley, da das Gesez nicht unterscheidet, und diese so gut als jene eine Folge der elterlichen Bildung sind. Dieses bestätigt folgeweise der Sz. 374., der als Ausfluß der elterlichen Gewalt angibt, daß Kinder bis zum achtzehenden Jahr das elterliche Haus nicht ohne Erlaubniß verlassen dürfen, und auch alsdann nur zu Kriegsdiensten, nicht zu andern Arten des BrodErwerbs; muß ein Kind also für diese andere Arten im väterlichen Hause bleiben, so kann es keine Bedin-

gung des Liedlohns dafür sezen. Aber eben dadurch daß dieses Muß aus der elterlichen Gewalt, nicht aus ihrer Ehrfurcht gebietenden Würde, abquillt, jene aber mit der Volljährigkeit aufhört, und demnach das Kind nachher, wenn es geziemende Bitten vorausgehen zu lassen nicht versäumt, das elterliche Haus ohne Erlaubniß der Eltern zu verlassen befugt, und damit Bedingungen seines Bleibens zu sezen im Stand ist, folgt auch, daß es für seine den Eltern leistende Dienste sich alsdann Lohn bedingen könne. Aber zu weit würde es dennoch gegangen seyn, wenn man mit Struben III. S. 49. auch da, wo nichts bedungen ist, einen stillschweigenden Bestand unterstellen, und einen Liedlohn, eine Liedlohnsvergütung, oder einen Voraus zur Vergleichung der Dienste im Erbe von richterlichem Amtswegen dafür auswerfen wollte. Wo ein Kind, welches das Recht hat, nach erlangter Volljährigkeit auszutreten, bey seinen Eltern fortdient, da lassen sich eher hundert andere Ursachen gedenken, z. B. kindliche Liebe, Rücksicht auf bessere Erhaltung seines einstigen Erbes, Bequemlichkeitsliebe u. dgl. als eine Aussicht auf Lohn, die ja gar nicht gedenkbar ist, so lang darüber nichts zur Sprache gebracht ist, Sz. 1129., 1591.; und wo ein Vater ein Kind zu Diensten behält, muß man auch eher auf andre, der elterlichen Würde angemessenere Ursachen gedenken, als darauf, daß er es zu einem Lohnknecht habe machen wollen, kurz von beeden Seiten ist Fortsezung des in der Minderjährigkeit bestandenen Verhältnisses, wo die Eltern den Kindern für den Genuß ihres Vermögens (das auch den Gebrauch ihrer Kräfte in sich schließt) Pflege, Ernährung, und Bildung zu geben haben, Sz. 385., bey weitem die natürliche Vermuthung,

Digitized by Google

Cramer IV. Obs. 1034. Wie kann nun bey solcher Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit des Daseyns anderer würdigerer Beweggründe ein folgerichtiger Schluß auf ein stillschweigendes Dienstverding gemacht werden? Dieses würde geradezu anstoßen wider Sz. 1108 b. et c., der zu einem stillschweigenden Vertrag deutliche AbsichtsErklärung von der einen Seite fordert, und von der andern eine solche Handlung, die eine Bestimmung zur nothwendigen Voraussezung hat, und diese alle vernünftige Haltung verliert, Ueberall aber geht die Unterstellung eines stillschweigenden Verdings deswegen nicht an, weil Umsazverträge für rechtlich vorhanden eher nicht gelten, bis der Umsazpreis bestimmt angegeben ist, Sz. 1129. und 1591. auch 1592., und es dem Geist der Napoleonischen Gesezgebung geradezu entgegen ist, einen Umsazvertrag bestehen zu lassen, wobey die Bestimmung des Umsazpreises dem Richter überlassen bliebe, Erl. III. S. 491., wie sie dann eben so wenig unbedungene Belohnungen zuzuerkennen ihm überläßt, Sz. 1986., Erl. III. S. 708. 710. Im Grund wäre auch ein solches Erkenntniß ein verschleierter Zwang zu der natürlichen Dankverbindlichkeit der Eltern gegen ein solch ihnen nüzliches Kind, dem man hintennach eine Vergütung für seine Dienste richterlich ausmitteln wollte. Natürliche Pflichten allein begründen aber kein Zwangsrecht, Sz. 6g.

Digitized by Google

205.

Verfall eines Erbbestandguts durch Nichtzahlung des Zinses.

Durch Nichtzahlung des Erbbestandzinses wird das Erbbestandsgut (die deutsche Emphyteuse) dem Herrn heimfällig, Sz. 1831 bk. Davon machte der Gerichtsgebrauch eine Menge Ausnahmen; es verlohnt sich der Mühe zu untersuchen, welche davon nach den desfallsigen Zusäzen im badischen Landrecht noch gelten, nachdem solches den Fall der Nichtzahlung streng zu richten befiehlt. Jene Ausnahmen waren folgende:

1.) Wenn die Zahlung an einen vermeynten Gewalthaber des Herrn geschehen, aber diesem nicht zu gut gekommen war, Carpzov II. Const. 38. Def. 3., Berlich II. Concl. 46. — Wurde er durch einen RechtsJrrthum für einen Gewalthaber fälschlich gehalten, so kann der Verfall dadurch nicht abgewendet werden, weil dieser niemanden zu gut kommt, Sz. 1 b.: war es ein Jrrthum über Thatsachen, der für selbstverschuldet gelten muß, so ist das Nemliche zu sagen, Sz. 1110 a. Jst derselbe nicht dieser Art, so findet kein Verfall statt, denn entweder ist alsdann die Zahlung wirklich gültig, wenn sie unter den Saz 1239. und 1240. vereigenschaftet werden kann, oder wenn sie dieses nicht ist, so hindert doch die Redlichkeit, daß aus ihr außer der Ungültigkeit also der nochmahligen Zahlung keine weitere widrige Folgen abgeleitet werden können, nach der Rechtsähnlichkeit des Sz. 201.

Digitized by Google

2.) Wenn der Schuldner einen Theil des Zinses gezahlt, oder dargelegt hat, Carpzov l. c. Def. 4., Leyser CCIII. Med. 7. Schon vorhin war diese Meynung nicht allgemein, Berlich l. c. Nro. 18. Jezt kann sie niemals statt finden. Nimmt der Erbbestandgeber die Stückzahlung nicht an, so kann sie ihm nicht aufgedrungen werden, Sz. 1244., auch eine gültige Darlegung findet nicht statt, Sz. 1288. Abs. 3., (St. 116.) Nimmt er sie aber an, so bewirkt er dadurch, daß nun auf den Verfalltag des dritten Ziels dieses nicht mehr den Rückstand eines zweyjährigen Ziels antrifft, was doch zur Anstellung der Verfallklage erfordert wird, Sz. 1831 bk., und er erläßt also hierdurch mittelst folgerichtiger Ableitung für dießmahl sein Klagerecht. Dieses ist auch der Fall

3.) wenn er nach angestellter Klage eine Theilzahlung annimmt, oder eine neue Eigenthumsanerkenntniß, z. B. durch Erbbelehnungszusicherung, Carpzov l. c. Def. 6., Leyser l. c. Med. 6.; denn durch Ersteres beseitigt er, wie gesagt, ein wesentliches Erforderniß seiner Klage, und durch Lezteres den Mangel den die Vertragsdauer durch eingetretene Heimfälligkeit hatte, vergl. Sz. 577 ab. und 1338.

4.) Wenn der Erblehnherr Schuldner des Erbbeständers ist, Carpzov l. c. Def. 10. Alsdann hat der Leztere ein auf seiner Willkühr beruhendes Recht der Wettschlagung für den Zins, den er schuldig wird. Dieses, sobald er sich darauf beruft, macht, daß seine Schuldigkeit, sobald sie jener gegenübersteht, kraft Gesezes erlöscht, Sz. 1290., und mithin als ein Rückstand nicht angesehen werden kann, indem dieser immer verfallene und uner-

Digitized by Google

so schene Forderungen voraussezt. Aber eben darum gilt diese Begründung nur so weit, als der Erbbeständherr nicht verschiedene öffentliche Verwaltungen hat, und der Erbbeständzins zu der Einen, die Gegenforderung aber zu einer andern Klasse gehört. Hier konnte nicht wettgeschlagen werden, Sz. 1293a., also wäre die Verfallklage dadurch nicht beseitigt, wiewohl derjenige Erbbeständherr, der unter solchen Umständen sie anstellte, noch immer dem Einwand bloß stünde, daß hier Verzug gegen Verzug, Verschulden gegen Verschulden stehe, welches nach Sz. 1110a. die Klage niederschlägt, wofür auch der Geist jenes Gesezes spricht, das die Entwährungsklage gegen denjenigen abweiset, der zu gewähren schuldig ist, Sz. 1640a.

5.) Wenn der Erbbeständer noch zahlt, ehe sich der Grundeigenthümer über den Verfall erklärt, Berlich II. 46. — Legt man dieser Behauptung den Sinn bey, ehe der Eigenthümer mahnt: so ist er nicht nur noch jezt gültig, sondern man muß weiter sagen, ehe die Frist aller gesezlich vorgeschriebenen Mahnungen abgelaufen ist, wendet die Zahlung noch den Verfall ab; und zwar ist dazu nicht nöthig, daß der Erbbeständer allen verfallenen Zins zahlt, sondern genug wenn er nur darauf keine Stückzahlung wider Willen des Grundeigenthümers vornimmt. Sobald er z. B. zwey Jahrszinse schuldig ist, so machen diese zwey eigene Schuldposten aus, deren jeden seiner Zeit er einzeln zahlen sollte, also auch zahlen konnte, die Zahlung eines solchen einzelnen Ganzen kann der Gläubiger nicht verweigern, oder wenn er es thut, kann sie der Schuldner durch Darlegung wirksam machen, und damit ist das Zusammenkommen dreyer Zinse be-

Digitized by Google

seitigt, mithin die Bedingung eingetreten, ohne welche nicht die Heimfälligkeit erkannt werden kann.

6.) Wenn der Erbbestandgeber oder Erbbeständer stirbt, ehe der Verfall eingeklagt ist, Menken ad ff. L. 6. T. 3. §. 15. Hat der Erbbestandgeber den Verfall nicht gerügt, mithin seines desfallsigen Rechts sich nicht bedient, so ist damit den Erben die Befugniß nicht benommen, sich jener Rüge noch zu bedienen, Erl. III. S. 34., da kein Gesez den Uebergang solcher Klagen auf den Erben des Berechtigten aufhebt. Zwar könnte man deshalb als Rechtsähnlichkeitsgrund den Sz 957. anführen, der die Undanksklage den Erben eines Schenkers nur alsdann gibt, wenn dieser sie schon vorbereitet hatte; allein dieses Gesez, so weit es Erben von Rechten ausschließt, welche den Erblasser zustanden, ist eine, den gewinnenden Rechtsgeschäften eigene Verordnung, die nirgends auf die erwerbenden ausgedehnt ist. Es zweifelt daher z. B. niemand, daß der in Sz. 1134. erlaubte Widerruf wegen nicht erfüllter Gegenleistung auch den Erben so gut, als die Ansprache selbst auf diese Gegenleistung, zu gut komme, unsere Verfallklage ist aber nichts anders als eine Art eines Widerrufs wegen nicht erfüllter Gegenverbindlichkeiten. Ist hingegen der Erbbeständer, der säumig war, gestorben, ehe die Verfallklage eingeleitet ist: so wirkt dieses allerdings, daß nun der neue Erbbeständer nicht im Fall seyn kann, persönlich wegen Nichtzahlung verklagt zu werden; als Erbe aber ist er zwar befugt, jedoch nicht schuldig, den Besizstand seines Vorfahren mit dem Seinigen zu eignem Nachtheil zu vereinigen, Sz. 2235., und so lange er dieses nicht thut, kann ihm der Fehler seines Vorfahren

Digitized by Google

nicht zur Schuld gerechnet, noch er angehalten werden, diesen Fehler auf sich zu nehmen, mithin findet allerdings wider ihn als Erben keine Verfallklage statt, Mynsinger III. Obs. 97., weder eine neue, weil er nichts gesündigt hat, noch die alte, welche gegen seinen Vorfahrer statt gefunden hätte, weil der Verfall nicht kraft Gesezes eintritt, sondern nur dem Richter das Recht gibt, auf Anrufen den Erbbestand aufzulösen, welches Anrufen fruchtlos unternommen wird, wo derjenige todt ist, der eines noch ungerechtfertigten Vergehens angeklagt wird, und wo deswegen der Erbe einen unverfallenen Bestand angetreten hat, also im Fall ist, eine Erneuerung von Rechtswegen zu verlangen, Sz. 1831 b i. Hier schlägt die Rechtsähnlichkeit des Sazes 957. an, weil die gleichen Gründe vorwalten, die hier wie dort darinn bestehen, daß etwas was nur erst gilt, wenn es durch den Richter erkannt wird, mithin nur durch dessen Urtheil Daseyn bekommt, nicht mehr zum Daseyn kommen kann, wenn inzwischen eine solche Veränderung der Umstände eintritt, welche ein wirksames Anrufen zu Ertheilung eines solchen Erkenntnisses unbillig macht, vergl. Sz. 1135. mit Sz. 1234 a. Man wende nicht ein, daß ja doch in unserer Verfassung die Entschädigungsklagen aus Vergehen gegen Erben angestellt werden können! Ganz ein anderes sind Entschädigungsklagen, womit nur zugegangener Verlust oder entgangener Gewinn eingeklagt wird, und ganz ein anderes Verfallklagen, womit ein zugestandenes Recht wegen Vergehen entzogen, also ein Gewinn aus dem Vergehen gezogen werden soll.

7.) Wenn Unfälle eine merkliche Ertragsminderung über das Erbbestandgut bringen;

Digitized by Google

Man hielt für billig, daß hier, wo der Erbbeſtänder keinen Nachlaß zu fordern habe, in der Zahlungszeit mehr Nachſicht mit ihm getragen werde, Leyser CIII. Med. 4 et 5. Nach unſerem Geſezbuch hat der Erbbeſtänder ſeine gemäſſigte NachlaßAnſprache für nicht übernommene Unfälle, Sz. 1831 af. und bf.; mithin fällt jene, ohnehin ſehr willkührliche Billigkeit weg: wer nun dieſe Erlaſſung nicht ſucht, oder das, was er über deren Abzug ſchuldet, nicht zahlt, der iſt einer eben ſolchen Nachläſſigkeit ſchuldig, wie derjenige, welcher in andern Fällen Rückſtände erwachſen läßt.

8.) Wenn einer aus mehreren Erbbeſtänden ſeinen Antheil der Schuldigkeit entrichtet hat; über dieſen Fall war jedoch ſchon vorhin der meiſte Widerſpruch, indem Einige auch hier einen Verfall, jedoch nur des Theils des ſäumigen Zählers, annahmen, Mynsynger III. Obs. 66., Carpzov l. c. Def. 5.; Andere hingegen dadurch den ganzen Erbbeſtand verfallen ließen, Berlich II. Concl. 48. Dermahlen iſt jeder GrundEigenthümer berechtigt, von mehreren Erbbeſtändern die Stellung eines Vorträgers zu verlangen, wenn das Gegentheil nicht bedungen iſt, Sz. 710 fi. vergl. mit 1831 be. Hat er dieſes verlangt, ſo iſt der Vorträger als der Gewalthaber aller anzuſehen; zahlt er das Ganze, ſo kommt es nicht darauf an, ob die Andern ihren Theil ihm ſchon zugetragen haben, oder nicht, welches den Erbbeſtandherrn nichts angeht; zahlt er einen Theil nur, und der Herr nimmt ihn an, ſo iſt obgedachtermaaßen das Verfallrecht erlaſſen, und es iſt dabey einerley, ob er den Theil unbeſtimmt oder mit Bemerkung, daß es der Theil von N. N. ſey, gezahlt hat. Denn da hier der Erbbeſtandzins ein ungetheiltes

theiltes Ganzes ausmacht, so ist der GrundEigenthümer nicht schuldig den Antheil des N. N. einzeln anzunehmen, der zwar in Bezug auf diesen ein Ganzes, aber in Bezug auf die Zinsschuldigkeit und den Gültherrn immer nur ein Antheil ist; woher dieser Antheil komme, geht ihn nichts an, mithin ändert es auch an seinen Rechtsverhältnissen nichts, es mag dazu gesezt worden seyn, oder nicht: für ihn ist und bleibt diese Erleichterungsart eine Stückzahlung, deren Annahme schadet daher auch dem Verfallrecht. Ist aber kein Vortrager angestellt, so soll dadurch nach Sz. 710 i. das Erbbestandsrecht für getheilt, und jedes Theil für ein selbstständiges Ganzes gelten, mithin kann hier alsdann die Zahlung des Einen Mitbeständers den Säumigen nicht gegen den Verfall seines eigenen Theils schüzen.

Da übrigens der Verfall nur allein durch richterliche Erklärung des Erlöschens eintritt, so ist die alte Regel, daß nicht von der Einklagung, sondern von der richterlichen VerfallErklärung an, die Früchte dem Erbbestandherrn zuzuurtheilen sind, Carpzov l. c. Def. 12., noch jezt zu befolgen.

206.

Eigenthumsuebergang in Gesellschaften.

Nach unserem Recht geht das Eigenthum durchaus kraft Gesezes über, das heißt, dasjenige Rechtsgeschäft, das eine Uebertragung des Eigenthums zum Zweck hat, bewirkt sie auch gleichbald, ohne daß es erst der Uebergabe bedürfte, Erl. II. S. 6. Unter diesen Saz darf man jedoch Gesell-

schaftsverträge für besondere Gesellschaften nicht unterlegen. Sie haben nicht zum Zweck, die Uebertragung eines Eigenthums, sondern wo eine solche vorkommt, ist sie nur Mittel; der Zweck aber ist Gewinnsgemeinschaft: was zu diesem Zweck zusammengelegt wird, soll nicht schon durch die Uebereinkunft gemein seyn, sondern es erst durch eine nachfolgende Handlung werden, denn der Gesellschaftsvertrag ist nur eine Uebereinkunft etwas zusammenzuwerfen, Sz. 1832. Es wird auch der Gesellschafter, der etwas, und namentlich auch ein bestimmtes Stück, der Gesellschaft einzubringen zusagt, Schuldner der Gesellschaft, zu einem Zeichen, daß das Eigenthum nicht durch den Vertrag schon übergegangen, sondern noch durch die Lieferung erst einzuwerfen sey, (wiewohl freylich dieser Saz allein nicht genügend beweisen würde, da er auch bestimmt seyn konnte zu sagen, der Gesellschafter sey Schuldner für die Besizübergabe, die bekanntlich jedem Eigenthumsuebergang, der kraft Gesezes geschieht, noch immer nachfolgen muß.) Endlich sagt der Sz 1867., eine Gesellschaft, in welche Einer der Gesellschafter ein bestimmtes Stück hat einbringen sollen, erlöscht, wenn die Sache zu Grund geht, ehe sie in die Gemeinschaft gekommen ist; sie wird nicht aufgelöst, wenn deren Eigenthum schon wirklich in die Gesellschaft eingebracht war. Soll der Verlust, der erfolgt, ehe sie in die Gemeinschaft gekommen war, die Gesellschaft auflösen, so muß dieselbe bestehen können, ehe die eingebrachten Sachen in Gemeinschaft kommen, also muß das Eigenthum nicht schon durch den Gesellschaftsvertrag übergehen, sondern es muß die Absicht des Gesezgebers seyn, daß die — nach dem

Napoleonischen Recht immer vom Eigenthum abhängende Gefahr, Erl. III. S. 66., erst, wie es auch unsere Uebersezung bestimmt erläutert, von dem wirklichen Einbringen, das heißt, von der Uebergabe abhange. Unser Gesez bleibt hier dem römischen Recht treu, Wernher I. Obs. 103., wenn man anders nicht die Meynung Franzkii ad ff. L. 17. T. 2. Nro. 42. angenommen hatte, der auch in besonderen Gesellschaften einen Uebergang kraft Gesezes dem römischen Recht unterlegte. Man sehe jedoch dieses Festhalten bey einem römischen Grundsaz, der in allen andern Vertragsarten verlassen wurde, nicht als etwas unzusammenhängendes, oder als eine Ausnahme von der Regel an! Nein! Die Regel des Uebergangs kraft Gesezes ergreift diesen Fall gar nicht, wie wir gleich Anfangs bemerkten, und sie durfte ihn nach dem Rechtszusammenhang nicht ergreifen. Bey dem der nur Dienste einwirft, welches gar wohl angeht, Sz. 1833., ist die Gesellschaft offenbar nur eine Verbindlichkeit etwas zu leisten, und als solche findet kein unmittelbarer Zwang zur Erfüllung statt, sondern sie löset sich durch Nichterfüllung in eine Verbindlichkeit zu entschädigen auf, Sz. 1142. Wäre die Verbindlichkeit auf Seiten dessen, der Sachen einwirft, als eine Verbindlichkeit etwas zu geben, behandelt worden, welches dadurch geschehen wäre, wenn man von ihrem Daseyn den Eigenthumsübergang und die Gefahr abhängig gemacht hätte, Sz. 1138., so würde bey diesem Gesellschafter ein unbedingter Zwang zur Erfüllung statt gefunden haben. Dadurch würden die Rechte der Gesellschafter wesentlich ungleich geworden seyn, die doch wesentlich gleich seyn sollen, Sz. 1854a. Man sehe auch diese Ungleichheit

Digitized by Google

der Rechte, die alsdann entstanden wäre, nicht für unerheblich an. Denn jede Entschädigung ergreift nur jenen erlittenen Verlust und entgangenen Gewinn, welcher zur Zeit der Vertragsvollziehung vorgesehen wurde, und der eine unmittelbare und natürliche Folge der Nichterfüllung ist, Sz. 1150. und 1151. Daher ist der Betrag dieses Nachtheils, den ein Gesellschafter durch Entschädigung für verweigerte Erfüllung des Gesellschaftsvertrags auf sich nimmt, bey weitem nicht von dem Belang, als jener, den er bey der Vollziehung nach Beschaffenheit der Fälle wagen kann, und den jener Andere unbeschränkt auf sich nehmen müßte, der Sachen einbringt, wenn gegen ihn der unbedingte Zwang statt fände, der die Verträge auf geben begleitet: so aber findet nun auch bey ihm dieser nicht statt, weil auch seine Pflicht nur eine Leistung ist, nemlich die Handlung des Einbringens, die sich ebenfalls durch NichtErfüllung in Entschädigungspflicht auflöset, vergl. Sz. 1845. Abs. 2. Uebrigens hat das römische Recht eine Ausnahme bey allgemeinen Gesellschaften gemacht, da es nach L. 1. §. 1 ff. pro socio bey diesen dem Uebergang kraft Gesezes statt gibt, im Napoleonischen Recht ist eine solche nicht geordnet, es bedurfte dessen auch nicht, weil a.) hier das Vermögen als Gesammtheit übergeht, wo durch den Besiz eines Theils das Ganze besessen wird, vergl. Sz. 710 be.; und weil b.) durch bloßes Einverständniß der Parthieen die Uebergabe da vollzogen wird, wo eine andere Behändigungsart nicht wohl thunlich ist, welches in Absicht aller einzelnen Stücke einer Gesammtheit allemahl der Fall ist, Sz. 1606. Abs. 3.

Digitized by Google

207.

EinbringensEigenschaft bey besondern Gesellschaften.

Bey allgemeinen Gesellschaften macht das Gesez einen Unterschied zwischen Gütergesellschaften und Erwerbsgesellschaften; in jenen achtet es das Eigenthum aller gegenwärtigen Güter, liegenden und fahrenden, ebenso wie den Genuß, einbegriffen Sz. 1837. in die lezteren ziehet es die gegenwärtigen Liegenschaften nur zum Genuß, hingegen die Fahrniß zugleich zum Eigenthum ein, Sz. 1838., es erlaubt jedoch auch solche allgemeine Gesellschaften bloß auf Gewinn ohne EigenthumsEinwerfung einzugehen, Sz. 1836., mithin zu diesem Ende die Fahrniß zu verliegenschaften, Sz. 1500., oder bloß in Errungenschaftsweise das beybringende Vermögen zusammen zu schlagen, Sz. 1498. Dabey ist geordnet, daß jede allgemeine Gesellschaft, die ihre Natur nicht deutlich ausspricht, für eine das Eigenthum der Fahrniß ein- und jenes der Liegenschaften ausschließende Erwerbgesellschaft geachtet werden soll, Sz. 1839. Diesen allen gegenüber steht die besondere Gesellschaft. Sie kommt mit den allgemeinen darinn überein, daß auch bey ihr Vermögen und Kräfte zu Erzielung eines Gewinns zusammen geworfen werden, Sz. 1833.; aber sie unterscheidet sich von ihnen darinn, daß bey ihr niemals die Allheit des Vermögens und der Kräfte für jeden damit möglichen erlaubten Erwerb, sondern nur gewisse bestimmte Sachen oder Dienste zu einem bestimmten Erwerbszweck gemein werden. Daß auch diese bestimmte

Sachen sowohl zu Eigenthum, als zu bloßem Genuß eingeworfen werden können, leidet nach der Allgemeinheit der Ausdrücke im Sz. 1841. keinen Zweifel. Aber wohin nun die Auslegung bey diesen besonderen Gesellschaften zu machen sey, wenn die Einlagsbestimmung undeutlich ist, das bedarf einer Untersuchung. Drey Entscheidungen sind an und für sich betrachtet möglich, entweder

a.) alles Einbringen gilt für Eigenthum, oder

b.) alles Einbringen gilt für nuznieslich, oder

c.) alles liegenschaftliche gilt für nuznießlich, alles fahrende für eigenthümlich, wie solches für die allgemeine Erwerbgesellschaft vom Gesezgeber geordnet ist.

Zu a.) wider die Annnahme einer allgemeinen EigenthumsUebergabe läßt sich sagen, daß diese nicht einmahl bey den allgemeinen Gütergesellschaften vermuthet werden solle, noch weniger also bey den besonderen.

Zu b.) wider die Unterstellung einer allgemeinen nuznießlichen Uebergabe steht einzuwenden, daß wenn das Gesez bey der allgemeinen Gesellschaft schon nöthig gefunden habe, die Vermuthung für die Eigenthumsübergabe in Bezug auf die Fahrniß aufzustellen, so sey dieses noch vielmehr als dessen Wille bey der besondern Gesellschaft zu unterstellen, zumahl da hier vollends gar nicht abzusehen seyn würde, wie ein Gewinn anders als durch Umsaz der Fahrniß zu machen sey, der aber allemahl eine Eigenthumsgewalt der Gesellschaft voraussezе; mit allem dem

zu c.) kann man jedoch auch wider die Unterstellung dieser getheilten Uebergabsart anführen, daß nicht alle Gründe, die da anschlagen, wo von Eingehung allgemeiner Gesellschaften die Rede ist, auch den besondern

sich anbequemen lassen; so kann z. B. das Zusammenwerfen der Fahrniß in allgemeinen Gesellschaften entbehrt werden, ohne den Zweck des Gewinns aus dem Auge zu sezen, wie alle Errungenschafts-Ehen bezeugen, hingegen bey einer Unveräußerlichkeit der Fahrniß in besonderen Gesellschaften läßt sich selten die Gewinnsmöglichkeit ohne die Veräußerungsbefugniß gedenken, die einzige Art einer besondern Gesellschaft ohne alle Veräußerungsbefugniß auf das Zusammengebrachte, könnte diejenige seyn, wo man Fahrniß zusammenlegt, um durch deren Vermiethung Gewinn zu ziehen: damit allein aber wären die besondern Gesellschaften weit unter die Bedürfnisse des gemeinen Lebens eingeschränkt.

Die Haupturſache warum sich hierüber das Gesez nicht bestimmter erklärt, ist wohl darinn zu suchen, daß die Fälle der besondern Gesellschaften viel zu verschieden in ihren Zwecken und in deren Mitteln sind, um nicht durch Vorschrift einer durchgreifenden Rechtsvermuthung, die Absichten der Vertragspersonen zu gefährden, welche doch überall die erste Rücksicht bey Auslegung der Verträge werden sollen, Sz. 1156. Diesemnach wird man da, wo die Absicht aus dem Vertrag unmittelbar oder folgeweise nicht klar ist, noch in geeigneten Fällen, Sz. 1156 a., aus den Verhandlungen klar gemacht werden kann, auch der Landsbrauch nichts entscheidet, Sz. 1158., darauf sehen müssen, wie weit nach Beschaffenheit der erkohrnen Erwerbsart zu Erreichung des Zwecks die Unveräußerlichkeit oder die Veräußerlichkeit als das richtige Mittel sich verhält; und jene Eigenschaft, die als das natürlichste Mittel erscheint, wird man nachmals anzunehmen haben, damit die Auslegung dem Gegenstand

des Vertrags gemäß geschehe, Sz. 1158. Nur darf man dabey nicht vergessen, daß eine solche Eigenschaft darum allein, weil sie etwa in Bezug auf das Einbringen Eines Einzelnen Gesellschafters betrachtet, sachgemäß erscheint, noch nicht für entschieden angenommen werden dürfe, sondern solche erst mit dem Einbringen der übrigen Gesellschafter in vergleichendes Verhältniß gesezt, und alsdann mit Rücksicht auf den gemeinschaftlichen Vortheil, Sz. 1833., und mit Beobachtung der Gleichheit, Sz. 1854 a., die Auslegung gemacht werden dürfe.

Wo aber am Ende alle diese Erwägungen einen Richter im Zweifel lassen sollten, welches jedoch ein seltener Fall bleiben wird, da würde immer die Rechtsähnlichkeit von den allgemeinen Gesellschaftern auf Eigenthums-Uebertragung der Fahrniß und auf bloß nuznießliche Uebertragung der Liegenschaft aus dem Sz. 1839. eintreten müssen, weil keine solche starke Verschiedenheit zwischen ihnen und den besondern Gesellschaften ist, welche die Folgerungen von einem Fall auf den andern gänzlich ausschlösse.

So also z. B. wenn mehrere für eine Schreinerey-Anlage sich vereinigten, der Eine gäbe dazu ein Gebäude, der Andere gäbe einen Vorrath von allerley Geräthschaften, ein Dritter einen Vorrath von allerley Holz, und ein Vierter eine bestimmte Summe in baar Geld und Kapitalbriefen, so ist hier einmahl klar, daß das Geld, die Kapitalbriefe, und das Holz als veräußerlich eingebracht werden müssen, weil ohne Veräußerung die Fabrikation nicht damit geschehen könnte; von dem Handwerkszeug aber und von dem Haus läßt sich die Nothwendigkeit einer Veräußerlichkeit nicht aus dem Fabrikationszweck ableiten, wiewohl auch

Digitized by Google

nicht das Gegentheil, indem man zwar nothwendig Häuser und Handwerkszeug, aber nicht nothwendig gerade diese haben muß, und sich daher gedenken ließ, daß man auch sie zur Veräußerung auf Mehrschaz für den Fall da eine Gelegenheit erschiene, wo es zum Vortheil der Fabrikation gereiche, einwerfe. Man könnte also sagen, nach der Rechtsähnlichkeit des Gesezes für allgemeine Gesellschaften sey hier das Haus als Liegenschaft für ein nuznießliches Einbringen, das Handwerkszeug aber als Fahrniß sammt dem Gewerbholz dem Geld und den Kapitalbriefen, für EigenthumsEinbringen anzusehen sey; und doch würde diese Entscheidung nicht die richtige seyn, denn die Rücksicht auf gemeinschaftlichen Vortheil und auf Gleichheit wäre dabey ganz außer Augen gesezt. Hier muß man umgekehrt sagen, weil die eingeworfene Liegenschaft nichts an sich hat, was eine Veräußerung für den Zweck der Gesellschaft nothwendig macht, so darf zwar eine Veräußerungsabsicht in Bezug auf sie, dem Sz. 1839. entgegen, nicht unterstellt werden, alsdann dürfen aber wegen der Gleichheit und der Gemeinschaftlichkeit der Vortheile auch die Einlagen der übrigen nicht als ein Eigenthumsbeibringen angesehen werden, sondern das Handwerkszeug ist als Ausleihe, und das Gewerbholz sammt dem Geld und den Kapitalbriefen als Darleihe anzusehen, die am Ende der Gesellschaft jeder von ihnen ebenso wie der Hauseigenthümer sein Haus theils im Stück, theils in Geld- und HolzSorten gleicher Art wieder zu fordern hätte, oder mit andern Worten, es gilt als Einbringen zur Nuznießung, obgleich das Eigenthum zum Behuf des Gebrauchs, wie bey dem Genuß aller verbrauchbaren Sachen, einstweilen übergeht.

Digitized by Google

Sezen wir hingegen, drey zusammen hätten den Akkord gemacht, einem Gutsbesizer aus einer bestimmten Quelle eine Wasserleitung um einen bestimmten Prei zu verschaffen, von welcher sie einen merklichen Gewinn hofften, der Eine gäbe den Boden dazu, der Andere die Deicheln und Werkzeuge, der Dritte das Geld zum Arbeitslohn: hier müßte offenbar die Liegenschaft als veräußerlich und zu Eigenthum in die Gesellschaft kommen, und deswegen wären nachmals die Einlagen der übrigen Gesellschafter zur Gleichheit ebenso zu behandeln.

208.

Sammtverbindlichkeiten der Gesellschafter.

Nach langem Streit über die Sammt- oder Theilverbindlichkeit der Gesellschafter, nach manchen verschiedenartigen Beantwortungen, neigte sich die Meynung derjenigen, welche nicht mit Carpzov II. Const. 17. Def. 12. und Mevius IV. Dec. 169. eine allgemeine Sammtverbindlichkeit derselben annahmen, dahin, daß sie alsdann, wann sie durch einen Stellvertreter einen Vertrag mit Dritten schliessen, sammtverbindlich dem Gegner haften müssen, hingegen nur theilverbindlich, wenn sie zusammen unmittelbar solchen eingehen, wiewohl auch hier wieder Manche der TheilungsEinrede Raum gaben, Leyser CLXXXV. Med. 6. Für einen solchen unmittelbar eingegangenen Vertrag galt auch jener Handel noch, wo sich Gesellschafter eines Boten zur Ausrichtung der VertragsErklärungen bedienten, Müller ad Struv. Ex. 22. Th. 41. Aber auch so genommen

Digitized by Google

ward die Theilverbindlichkeit der selbstschließenden Gesellschafter abermahls so manchen Ausnahmen unterworfen, daß sie fast verschwand, Lauterbach Coll. Th. pr. L. 17. T. 2. §. 37 — 43. Das Napoleonische Recht hat jenen Unterschied ganz verlassen, und dagegen einen andern in das Auge gefaßt, nemlich den zwischen Handelsgesellschaften und andern. In dem ersten erklärte es alle offene Gesellschafter ohne Ausnahme für sammtverbindlich, nicht nur wenn Einer im Namen der Handlung unterzeichnet, (welcher Fall durch die Worte: wenn gleich nur in den Andern wo sie zusammen handeln, eingeschlossen wird, A.Sz. 22.) sondern auch wenn sie alle den Vertrag schließen, und damit fällt auch die TheilungsEinrede weg, weil sie bey keiner Sammtschuld ferner statt findet, Sz. 1203. In den NichthandlungsGesellschaften erklärt er alle Gesellschafter ohne Unterschied für theilverbindlich, Sz. 1862., und daß dabey die Absicht des Gesezgebers sey, es solle kein weiterer Unterschied gemacht werden, ergibt sich daraus, daß er hinzusezt, keiner kann die andern verbindlich machen, welche ihm hierzu nicht Gewalt gegeben haben, womit es unmöglich wird, daß Einer der Namens der Gesellschaft handelt, auf die übrigen mehr als eine Theilverbindlichkeit bringen könne, ohne eine besondere Vollmacht zur sammtverbindlichen Abschließung, welches sich auch damit bestärkt, weil Sz 1859. es als Regel für unentschiedene Fälle aufstellt, daß Einer für alle zu schließen Gewalt habe, und mithin nicht zugleich Theilverbindlichkeit hätte zur Regel erklären können, wenn die Vertragsschließung durch Einen für Alle sie ausschließen sollte. Wenn aber nun ein Gesellschafter auf seine Mitgesellschafter nur Theilverbindlichkeit bringen kann; so ist jedoch

Digitized by Google

noch eine andere Frage übrig, ob er selbst auch nur theilverbindlich werde, oder für das Ganze dem Dritten hafte, mit welchem er einen Vertrag geschlossen hat. Solches ist in dem Fall zu verneinen, wenn der Gesellschafter mit Recht, folglich kraft allgemeiner oder besonderer Vollmacht in Gesellschafts-Namen, unter hinlänglicher Offenbarung der Gesellschaftsverhältnisse gehandelt hat; alsdann ist das, was er für alle thut, so gut, als ob es alle selbst gethan hätten, Sz. 1857. und 1998., und das was alle gethan haben, macht alle nur theilverbindlich, Sz. 1863. Wer hingegen unberechtigter Weise in ihrem Namen handelt, der macht zwar die Gesellschafter nicht theilverbindlich, aber wenn er offen handelte, wird er selbst auch nicht mehr als theilverbindlich, weil er hier nicht für sich allein handelte, und keine Gewährleistung für die Andern schuldig wird, Sz. 1997. Verschwieg er aber die Schranken seiner Befugnisse, oder gar die ganze Gesellschaftsverhältnisse, so wird er alsdann alleinverbindlich, theils weil der Vertrag allein in Absehen auf ihn geschlossen ward, theils weil er nun Gewährleistung schuldig ward, theils endlich weil er die Folgen seiner unrechten That vergüten muß, Sz. 1382.

209.

Theilungs-Maasstab der gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten.

Nach römischen Recht ward angenommen, a.) daß ein Gesellschafter der theilverbindlich ist, von Dritten aus abge-

schlossenen Verträgen nur zu demjenigen Antheil, den er an der Gesellschaft hat, belangt werden könne, Lauterbach Coll. Th. pr. L. 42. T. 2. §. 37. Uebereinstimmend mit dieser Ansicht behauptete man weiter, b.) daß umgekehrt auch ein Dritter von theilverbindlichen Gesellschaftern auf mehr nicht als auf den Antheil den es ihn an der Vertragsforderung nach Verhältniß seines Antheils in der Gesellschaft trifft, belangt werden dürfe, Stryck de Caut. Contr. S. 2. C. 10. §. 16., und daß wer einem solchen das Ganze zahle, wegen der Antheile der Mitgesellschafter deren Schuldner zu seyn, dadurch nicht aufhöre, Zoesius ad ff. L. 17. T. 2. Nro. 47. Die erste Behauptung ist durch den Code Napoleon dahin geändert, daß ein Dritter einen theilverbindlichen Gesellschafter nicht nach dessen Gesellschaftsantheil, sondern nach einem Kopftheil, d. h. auf jeden Gesellschafter ein gleiches Theil zu rechnen, hafte, wenn nicht namentlich bey Eingehung des Vertrags mit dem Dritten eine Antheilverbindlichkeit anstatt jener der Kopfverbindlichkeit diesem angedungen worden, Sz. 1863. Der Grund dieses Gesezes ist der Nemliche, wie der zu der gesezlichen Verfügung, daß Erben, obwohl sie unter sich nach ihrem Erbtheil oder Erbvortheil für die Schuldenzahlung beytragen müssen, Sz. 870. und 871., dennoch dem Gläubiger nicht nach diesem, sondern nach ihrem Kopf- oder Stammtheil haften, Sz. 873., nemlich damit dieser nicht nöthig habe, um sicher klagen zu können, erst in die oft zu Familiengeheimnissen gehörigen, immer für einen Dritten schwer zu erkundigenden, und noch schwerer ihrer Gültigkeit nach zu beurtheilenden Erbverhältnisse einzudringen, sondern das Gesez und die Zahl der Erben ihm ge-

Digitized by Google

nüge, um zu wissen, wie er seine Klage zu theilen habe. Dieser nemliche Grund der über die Schulden der Erbschaft aufgestellt ist, tritt auch bey deren Forderungen an Dritte ein; könnten diese nach den Erbantheilen eingeklagt werden, so würde ein Schuldner genöthigt, um sicher zu seyn, daß er gültig zahle, in das ganze Erbverhältniß forschend einzudringen: deswegen will das Gesez, daß unter den Erben so gut ihr Forderungsrecht an Dritte, als ihre Zahlungspflicht an sie, nach dem Antheil der ihnen gesezlich gebührt, und nicht nach ihren durch Vorausvermächtnisse oder Theilungs-Abreden durch besondere Belastungen, und durch mancherley Rechtsanlässe oft davon abweichenden wirklichen Empfang aus dem Erbe sich richten soll, Sz. 1220. Diese Gründe schlagen bey Gesellschaften vollkommen ebenso an, und da nun das Gesez ihre gleiche Wirkung auf Zahlungspflichten der Gesellschafter ausgesprochen hat, so muß sie auch in Bezug auf deren Forderungsrechte um so gewisser in Anwendung kommen, als in allem was auf die Theilung Bezug hat, der Titel vom Gesellschaftsvertrag namentlich auf jenen von den Erbtheilungen verweiset, und also in Bezug auf die Theilungsgeschäfte beede Rechtsverhältnisse mit einander ausgleicht.

210.

Sammt- und Theilverbindlichkeits-Gedinge der Gesellschafter.

So oft ein Gesez nichts gebietet noch verbietet, sondern nur in Bezug auf ein gewisses Rechtsverhältniß sagt, daß

Digitized by Google

es sey oder nicht sey, so bezeichnet es damit eine Lage, welche die Betheiligten abändern dürfen, und die nur da angewendet werden darf, wo keine Abänderung gemacht ist: daher pflegt man zu sagen, daß Vertragsvorschrift die Gesezesregel aufhebe (provisio hominis tollit provisionem legis) Die Sammtverbindlichkeit der Handlungsgesellschafter im A.Sz. 22. und die Theilverbindlichkeit der übrigen im Sz. 1862. steht unter jener Ausdrucksform da, und man schließt mit Recht daraus, daß es unverboten sey, Theilverbindlichkeit in Handlungsgesellschaften, und Sammtverbindlichkeit in Andern einzuführen. Gleichwohl hüte man sich hier zu sagen, die Gesellschafter könnten die Regel der Sammt- oder Theilverbindlichkeit durch den Gesellschaftsvertrag ändern. Diese Redeform läßt sich nur auf Verträge anwenden, deren Wirkungskreis — wie das gemeiniglich der Fall ist, Sz. 1165. — sich auf diejenigen beschränkt, welche sie schließen. Wo aber ein Vertrag vermöge seiner Natur auch Dritte in seinen Wirkungskreis folgeweise einzieht, wie dieses bey Gesellschafts- und AuftragsVerträgen der Fall ist, da kann man sich jener Ausdrucksart nicht bedienen. Denn eben darum weil es nicht angeht, daß zwey Personen durch ihre Handlungen eine dritte Person in willkührlich geformte Verhältnisse hineinziehen, formt das Gesez derartige Rechtsgeschäfte durch bestimmte Regeln, deren Eine oder Andere nachmahls wohl zwischen jenen Vertragspersonen und einem Dritten der mit ihnen handelt, wissentlich bey Seite gesezt werden darf, aber durch dieses Beyseitesezen im einzelnen Fall für andere Fälle seine Kraft nicht verliert, und wobey noch weniger die bloße Uebereinkunft unter den Vertragspersonen eine auf Dritte, mit denen sie handeln, sich ver-

Digitized by Google

bindende Kraft beweisen kann. Das Gesezbuch, welches nicht einmahl einem Gesellschafter erlaubt, seinen Mitgesellschafter zu etwas verbindlich zu machen, wozu er nicht schon kraft Gesezes schuldig ist, Sz. 1854., kann noch weniger jemals die Absicht haben, denen nicht einwilligenden Dritten durch Gesellschaftsverträge eine von der gesezlichen Regel abweichende Norm aufzudringen, Sz. 1165. Obgleich also Theilverbindlichkeits- und SammtverbindlichkeitsGedinge erlaubt sind, so ändern sie doch an sich die gesezliche Regel nicht, sondern sie wirken nur das, daß jener einzelne Gläubiger, dem diese Gedinge zur Zeit einer Vertragsschließung mit ihm eröffnet werden, und der dadurch erinnert wird, daß die Gesellschafter sich ihm nicht anders als unter einer von der gesezlichen Regel abweichenden Form verbindlich machen wollen, und der dennoch mit ihnen abschließt, nachmals auf die gesezliche Regel wider sie sich nicht berufen kann. Selbst die öffentliche Abschließung oder Verkündung eines Gesellschaftsvertrags, A.Sz. 42., würde einem solchen Geding keine größere Ausdehnung geben. Denn da das Gesez die Abreden über die Art, wie die Gesellschafter gegeneinander verbindlich seyn wollen, nicht unter diejenige aufzählt, welche öffentlich verkündet werden sollen, A.Sz. 43., so hat sich auch derjenige, der mit einem Gesellschafter handelt, desfalls nicht nach dem VerkündungsAnschlag umzusehen, sondern der Gesellschafter der davon gegen einen Dritten Nuzen ziehen will, muß dieses Geding ihm besonders bekannt machen, sonst hält sich der Dritte mit Recht an die gesezliche Regel, die er allein zu wissen schuldig ist.

211.

Untergang einer Gesellschaftssache.

Wo von zweyen Gesellschaftern der Eine bloß Sachen, der Andere bloß seine Kräfte und deren Benuzung einbringt, da war es sehr strittig, ob der Untergang der eingebrachten Sache, dem Einbringer allein oder beeden Gesellschaftern zur Last falle. Die verschiedene Beantwortungsarten und die Gründe für und wider, erzählt kurz Wernher IV. Obs. 214. Nro. 35 — 48. Nach dem Code Napoleon sind darüber folgende Regeln aufzustellen: 1.) Wo die eingebrachte Sache nur zur Benuzung eingeworfen wurde, und unverbraucht benuzt werden konnte, da trifft die Gefahr des Untergangs bloß den Einbringer, der Verlust kommt also nicht in die Gesellschaftsrechnung; 2.) wo sie verbrauchbar war, oder doch durch Anschlag oder durch Einbringen zum Verkauf als verbrauchbar übergeben ward, da müssen die sämmtlichen Gesellschafter die Gefahr tragen, und der Verlust muß also in die Gesellschaftsrechnung eingetragen werden. Dieses bringt Sz. 1851. klar mit sich, (worinn jedoch die deutsche Uebersezung nach dem Grundtext berichtigt werden muß, um den zu 2. bemerkten Sinn darinn zu erkennen.) 3.) Wo eine unverbrauchbare Sache zu Eigenthum eingebracht war, da gilt das Nemliche, wie bey verbrauchbaren: dieses folgt aus Sz. 1867., und überhaupt aus der Natur des Eigenthums. Da nun Sz. 1833. sagt, daß jeder Gesellschafter Geld oder Geldswerth oder die Benuzung seiner Kräfte einwerfen müsse, mithin der Gesezgeber den Fall vor Augen gehabt hat, wo

ein Gesellschafter nur Dienste beybringt, und dennoch obige Wahrheiten allgemein und ohne Ausnahme ausspricht, so gelten sie auch dem Eingangs gedachten Fall, Sz. 6 a. Uebrigens heißt dieß nicht gesagt, daß dafür jener Gesellschafter etwas in die Gesellschaft zuschießen müsse, der nur seine Dienste einbrachte: hiervon kann erst die Frage bey Berechnung eines Gesammtverlusts werden, Erk. III. S. 641., ist er nun vermög Gedings von diesem frey, so hat er auch das nicht zu leiden, was an jenem der Gesellschaft aufgerechneten Verlust aus dem Untergang jener Sache durch den GesammtGewinn nicht vergütet ist.

212.

Absonderungsrecht der Gesellschafts-Gläubiger.

Bey allgemeinen VermögensGesellschaften kann kein Unterschied zwischen GesellschaftsGläubigern und persönlichen Gläubigern entstehn. Dieß lehrt die Natur der Sache. Aber bey besonderen sowohl als bey bloßen allgemeinen ErwerbsGesellschaften, wo beygebrachte Schulden vorhanden sind, da kann er eintreten, sowohl wenn die Gesellschafter untereinander sammtverbindlich als wenn sie theilverbindlich sind, so wie bey den besonderen auch ein steter Unterschied ist zwischen dem persönlichen Vermögen und dem gesellschaftlichen. Wenn nun

1.) die Gesellschaft zahlungsunfähig wird, aber jeder Gesellschafter aus seinem Privatvermögen seinen Antheil der Schulden, den er gegen die Gläubiger zu vertre-

Digitized by Google

ten hat, vergl. Sz. 1863., nebst seinen persönlichen Gläubigern decken kann, dann entsteht keine Gant und kann folglich auch kein Fall zu einer Absonderung der Gläubiger vorkommen;

2.) wird eine Gesellschaft zahlungsunfähig, Einer der Gesellschafter kann seinen Antheil der Gesellschaftsschulden sammt seinem Eigenen nicht decken, und die Gesellschafter sind sammtverbindlich, der Andere kann aber nebst seinem Antheil dasjenige noch decken, was die GesellschaftsGläubiger an dem andern Gesellschafter verlieren, dann entsteht zwar keine GesellschaftsGant, weil die GesellschaftsGläubiger für voll befriedigt werden, aber immer doch bey dem Einen der Gesellschafter der zahlungsunvermögend ist, eine gemischte Gant aus persönlichen und Gesellschaftsschulden, selbst alsdann, wenn sich die GesellschaftsGläubiger ganz an den sammtverbindlichen zahlbaren Genossen halten, weil dieser immer mit dem, was er dadurch über seinen Antheil zahlt, an ihrer statt rückgreifend gegen die Schuldmasse des Andern auftritt, Sz. 1214., 1251. Abs. 3. Noch vielmehr

3.) tritt der nemliche Fall da ein, wo die Gesellschafter nur theilverbindlich sind, und von dem Gesellschafts-Gläubiger jeder zu seinem Antheil nur auf jeden Gesellschafter greifen kann.

4.) Wo eine Gant bey Einem der Gesellschafter oder bey allen durch Andringen ihrer persönlichen Gläubiger entsteht, da löset sich durch diese Gantmäßigkeit jedesmahl die Gesellschaft auf, Sz. 1865. Abs. 4.: folglich treffen jedesmahl hier die persönlichen Gläubiger und die GesellschaftsGläubiger des Zahlungsunfähigen zusammen, um aus seinem persön-

lichen Vermögen und aus seinem Antheil am Gesellschafts-Vermögen befriedigt zu werden.

In allen diesen Fällen ist also eine doppelte Art von Vermögen und eine doppelte Art von Gläubigern vorhanden; es entsteht dadurch die Möglichkeit, daß beede vereint oder beede getrennt in der Zahlung zusammentreffen können, folglich daß ein Absonderungsrecht der Gläubiger statt finden kann. Ob es wirklich statt habe, ist zu untersuchen, nachdem buchstäblich der Code Napoleon nirgends darüber entschieden hat. An und für sich sind dreyerley Arten gedenkbar, um diesen Zusammenstoß zu erledigen, entweder

A.) man wirft Vermögen und Gläubiger beeder Art zusammen, und befriedigt jeden nach derjenigen Ordnung, nach welcher er auch befriedigt worden seyn würde, wenn Vermögen und Gläubiger nur von einerley Art gewesen wären: dieses ist die Befriedigungsart, welche vorhin Leyser CCCCLXXXIX. Med. 11. vertheidigte, und welche wir noch jezt würden befolgen müssen, wenn keine gesezliche Abweichungsgründe erweislich wären. Denn der Antheil, den jeder an einer Gesellschaft hat, ist Theil seines ganzen Vermögens, indem der gesellschaftliche Theil mit dem bloß persönlichen Theil zusammen genommen das ganze Vermögen ausmacht; dieses ganze Vermögen ist nach Sz. 2093. Unterpfand aller seiner Gläubiger, so daß ohne rechtmäßige Ursachen eines Vorzugs, keiner vor dem Andern oder anders als der Andere befriedigt werden kann, Sz. 2094., folglich wenn GesellschaftsGläubiger irgend eine andere Befriedigungsart für sich geltend machen

wollen, müssen sie das Recht dazu beweisen. Eine andere mögliche Befriedigungsart ist

B.) man gibt den GesellschaftsGläubigern unbedingtes Vorzugsrecht, so daß sie zwar unter sich in ihrer Ordnung, aber doch vor allen persönlichen Gläubigern bezahlt werden, und zwar entweder aus dem Gesammtvermögen des Gesellschafters, (diese Zahlungsart suchte Carpzov Dec. LIV. zu behaupten, und auch Leyser CLXXXV. in Coroll. vertheidigt sie,) oder man gibt ihnen nur Vorzug im GesellschaftsGewinn, Horn Cl. XI. R. 83. In unserer Rechtsverfassung findet keine von beeden Vorzugsarten statt, weil kein ausdrückliches Gesez und kein folgerichtiger Schluß aus einem solchen die GesellschaftsGläubiger vorzieht, und außer diesem keine dergleichen Berechtigung sich behaupten läßt, Sz. 6a. Die lezte gedenkbare Weise ist

C.) diejenige, da man den GesellschaftsGläubigern ein Absonderungsrecht zugesteht, welches Leyser l. c. mit dem Vorzugsrecht verwechselt. Dieses ist diejenige Zahlungsart, welche dem Code Napoleon angemessen ist. Dieser sagt nemlich im Sz. 1872., die Regeln bey Erbschaftstheilungen für deren Form und für die daraus unter den Miterben entspringenden Verbindlichkeiten, sind auf Theilungen unter GesellschaftsGliedern ebenfalls anwendbar. Diese Regeln sind im Landrecht B. III. Tit. I. Kap. VI. oder Sz. 815—892. beschrieben, und insbesondere handelt Abschnitt III. oder Sz. 870—882. von den Verbindlichkeiten der Erben unter sich, mit Rücksicht auf Forderungen dritter Personen. Unter diesen bestimmt nun Sz. 878—881. für die ErbschaftsGläubiger das Recht, sich von den persönlichen

Gläubigern durch Absonderungsbegehren zu trennen; also muß dieses auch den GesellschaftsGläubigern zu gut kommen. Aber es gibt zweyerley Arten, wie diese Absonderung zum Vollzug kommen kann: einmahl wenn die abgesonderten Gläubiger nachmals keinen Rückgriff auf das persönliche Vermögen des Schuldners haben, welches jene Absonderungsart ist, die bey ErbschaftsGläubigern eintritt, Erl. II. S. 300.; zum andern wenn dieselbe (gleich einem Pfandgläubiger, der aus seinem Pfand nicht vollbezahlt worden ist) noch ihr Forderungsrecht an das persönliche Vermögen ihres Schuldners behalten. Diese leztere allein kann hier statt finden. Denn, daß bey Erbschaftsgläubigern der Rückgriff auf den Erben nach gesuchter Absonderung wegfällt, dieses geschieht darum, weil der Erbe für seine Person ihnen nichts schuldig ist, und die Erbantretung, wodurch er ihr Schuldner ward, durch die Absonderungsbitte in ihrer Wirkung beseitigt wird. Dahingegen der Gesellschafter ist von Anfang an zugleich persönlicher Schuldner der GesellschaftsGläubiger zu seinem, nach Sz. 1863. zu bestimmenden Antheil, wenn diese also aus dem ihnen Absonderungsweise verhafteten Vermögen nicht vollbezahlt werden können, so hindert sie nichts unter den persönlichen Gläubigern wegen des Rests mit aufzutreten.

213.

Rettungspflicht bey geliehenen Sachen.

Die Pflicht des Entleihers, der in einem Fall, wo nur eine von beeden Sachen erhalten werden kann, die Seinige

Digitized by Google

vorzieht, für den Verlust der andern zu haften, Sz. 1882., obwohl sie aus dem römischen Recht entlehnt ist, L. 4. §. 5 ff. commod., wollte dennoch für unbillig geachtet werden, a.) weil es natürlich und billig sey, daß der, welcher mit seinem Vermögen in Gefahr sey, eher etwas von diesem zu retten suche, als die einzelne Sache eines Fremden, deren Verlust diesen niemals so hart treffe; b.) weil oft die eigenen Sachen von viel höherem Werth sind, und es unvernünftig wäre, diese wegen jener zu vernachlässigen, Brunnemann ad dict. L. 5.; c.) weil wenigstens der hierdurch einer gemeinschaftlichen Gefahr entgehende Gläubiger an dem Verlust verhältnißmäßig Theil zu nehmen schuldig sey, Berger Oec. Jur. L. III. T. II. Th. 4. Nro. 3. Wenn hiervon die älteren Richter schon Anlaß nahmen, mildernden Meynungen Beyfall zu geben, so mag man sich jezt noch dazu leichter für berechtigt halten, nachdem der RettungsAufwand ein allgemeines gesezliches Gutheißen erhalten hat, Sz. 1381 a., und nachdem dem Entleiher nur die Sorgfalt eines guten Hausvaters (diligentia media nicht maxima) auferlegt ist. Dennoch würde diese Ansicht gesezwidrig seyn: zu a.) wer eine Sache entlehnt, braucht sie, und hat sie nicht; würde sie ihm nicht gelehnt, so müßte er sie kaufen, und hätte also den Werth, den er jezt an den Ausleiher zu geben hat, an den Verkäufer geben müssen, und dennoch, da sein Gut nebst dem Entlehnten zugleich nicht zu retten war, die Sache jezt verloren, es ist also weit billiger, daß er nun noch diesen Werth zahlt, den er sonst auch ohne dieß noch zu dem übrigen verloren hätte, als daß ihn der Ausleiher trage, den ohne seine Gutmüthigkeit kein Unfall betroffen hätte; zu b.) die Unvernunft eigene wichtigere Sa-

Digitized by Google

chen in die Schanze zu schlagen, fordert das Gesez nicht, da es nicht gebietet fremde Sachen zuerst zu retten, sondern nur befiehlt wenn man andere — vielleicht wichtigere eigene rettet, daraus den Ausleiher zu entschädigen; endlich zu c.) die Lehre vom RettungsAufwand schlägt hier nicht an, denn da die entlehnte Sache nicht um des Eigenthümers, sondern um des Entleihers willen in Handen des lezteren ist, und dadurch in Gefahr kommt, so ist dieses keine gemeinschaftliche, sondern eine den Entleiher allein treffende Gefahr. Diesemnach muß es bey der Allgemeinheit der im Sz. 1882. ausgesprochenen Entschädigungspflicht bleiben, Sz. 6 b.

214.

Rückruf einer Vergünstigung.

Der Rückruf einer Vergünstigung (precarii) ward als eine freywillkührliche Handlung angesehen, und desfalls für unverjährbar geachtet, Hommel Obs. 212. Diese Ansicht findet fernerhin nicht statt. Zwar ist ein vergünstigter Besz in dem Sinn unverjährbar, daß der Innhaber nicht ohne einen andern Titel ersizen, d. h. durch zehen- und zwanzigjährige Innhabung sich eine vergünstigungsweise besessene Sache nicht eigen machen kann, Sz. 2236. Aber eine freywillkührliche Sache ist darum der Wiederruf noch nicht; denn die Abforderung einer Sache, die der Andere inne hat, ist niemals etwas, wobey das Eine wie das Andere ohne das Daseyn eines besonderen Rechtsverhältnisses — nemlich hier der Bittleihe — für

Digitized by Google

gleich rechtmäßig geachtet werden könnte. Nur die Nichtabforderung ist ohne Hinzudenkung eines weiteren Rechtsverhältnisses außer dem Innhaben und Fordern, das rechtmäßige Verhalten: überhaupt ist jede Vergünstigung oder Bittleihe in unserer Verfassung nach den Regeln der Leihe zu behandeln, Erl. III. S. 661., jede aus einem Vertragsverhältniß ausgehende Klage aber, wobey es in des Klägers Willkühr steht, den Fall dazu herbeyzuführen, sobald er will, (wie z. B. eine Pfandklage durch Heimzahlung der aufkündbaren Schuld) wird vom Tag des Vertrags an verjährbar, Erl. III. S. 316., wird daher nicht durch Anerkennung der RückgabsSchuldigkeit, Sz. 2248., wohin auch die Erneuerung der VergünstigungsUrkunde gehört, Sz. 2263., die Verjährung beseitigt, so erlöscht der Rückruf, mit ihm die desfallsige Klage, so gut wie eine Darleih- und Ausleihklage auch erlöschen würde, indem alle Rechte, ohne Hinsicht auf Titel und Redlichkeit durch dreyßig Jahre untergehen, Sz. 2262.

215.

Ungleiche Münzgedinge für Anlehens-Heimzahlungen.

In großen geschlossenen Landen, wo nur einerley Münzarten im Umlauf, und diese alle nach einem Fuß geprägt sind, da kann von ungleichen Münzgedingen die Rede nicht werden, unter welchen das Versprechen verstanden wird, eine Anleihe, die man in geringeren Münzgattungen empfangen hat, in besseren heimzuzahlen: wohl aber in klei-

Digitized by Google

neren Staaten, deren Geldumlauf nicht selbstständig seyn kann, sondern von den Weltlagen um sie herum großentheils abhängt, und wo daher gewöhnlich mancherley Arten von Münzen, die nach ganz verschiedenen Münzfüßen geprägt sind, nebeneinander gäng und gebe sind. Ein solcher Fall tritt z. B. ein, wenn jemand der 108 fl. in Kronenthalern nach dem Nennwerth hingeliehen hat, sich jene Summe in Konventionsthalern nach dem Nennwerth zurückzuzahlen bedingt, weil die Kronen nach dem Konventionsfuß eigentlich nur 2 fl. 39 kr. gelten sollten, mithin für 2 fl. 42 kr. gerechnet, eine geringere Münze sind, als der Konventionsthaler zu 2 fl. 24 kr. angenommen. Wäre der Code Napoleon in diesem Punkt für Baden rein angenommen, der keine Gedinge auf Münzsorten, sondern bloß auf Metallstangen (lingots) zuläßt, so fiel der Stoff zu jener Frage weg; da man aber eben wegen jener Staatslage, die zu dem Umlauf verschiedenartiger Münzen unvermeidlich hinführt, auch über die Anlehen in Stücken entscheiden, und zwar zu ihren Gunsten entscheiden mußte, wie dadurch geschehen ist, daß Sz. 1896. Anlehen in Stangen oder Stücken (lingots ou espéces) zuläßt, Erl. III. S. 663., so findet nunmehr die Frage statt, ob derjenige, der ein Anlehen in geringeren Münzsorten gibt, sich dagegen andere und höhere Sorten zur Zahlung bedingen kann. In der ehemaligen Rechtsverfassung entschied man die Sache dahin, daß es statt finde, so lange kein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen sey, Struben III. S. 99., weil die römischen Gesetze, welche es verbieten, (L. 17. pr. ff. de pact.) auf die Unverbindlichkeit einer bloßen Uebereinkunft sich gründeten, die nicht mehr üblich sey.

Digitized by Google

Dieser Grund verstärkt sich in der jezigen Rechtsverfassung noch dadurch, daß die Darleihe nicht mehr ein Sachvertrag sondern ein Willensvertrag ist, der eben darum auch in der Regel jeder erlaubten Willensbestimmung empfänglich ist. Dennoch ward gezweifelt, ob nicht der Geist unseres neuen Rechts, die Beybehaltung der römischen Entscheidung, mit ihr die Unwirksamkeit eines solchen Gedings der Heimzahlung in höheren Münzsorten fordere? Für die Begründung dieses Zweifels ward angeführt: a.) das Wesen des Leihvertrags fordere, daß der Gattung nach die nemliche Sache, und in gleicher Menge und Güte zurückgegeben werde, Sz. 1892.; bey Geldleihen habe das Gesez nur die Verordnung hinzugethan, daß nicht der innere Gehalt der Geldmünzen, sondern deren gesezlicher Nennwerth die Gleichheit der Güte bestimmen soll, Sz. 1895.; daran habe auch das Badische Recht nichts geändert, als daß es erlaubt, durch besonderes Geding, auch den Gehalt derselben nach den Stücken zum Gegenstand der Gleichheit zu erklären, ohne dieses wie in Frankreich auf ungemünztes Metall in Stangen zu beschränken. Von jeder dieser gesezlichen Arten weiche aber derjenige ab, der eine Sorte für die Andere zur Heimzahlungsmünze bedinge; hier werde die Gleichheit der Gattung verändert, mithin weder rein der Nennwerth noch rein der Stückwerth befolgt; b.) die Heimzahlung in anderen Geldsorten enthalte allemahl eine Zurücksezung einer Münzsorte gegen die andere, also ein Bemühen, die Eine minder werth und gangbar zu machen, welche doch der Staat für gleich erklärt habe, welches gegen die öffentliche Ordnung laufe, daher im Sz. 6. verboten sey; endlich c.) dieses Geding, wenn

es auf höhere Münzsorten gerichtet ist, enthalte einen verdeckten Zinswucher, da es dem Darleiher noch über den Zins einen weiteren Vortheil von dem Gebrauch des Gelds verschaffe, und den Anleiher dafür um so viel stärker belaste.

Allein zu a.) kann man sagen: α) die Verwechslung einer Münzsorte gegen die andere ist keine Aenderung in der Gattung, deren Gleichheit allein das Wesen ausmacht, denn die verschiedenen Münzsorten gehören alle zu der Gattung des Metallgeldes, worinn das Anlehen gegeben ist, von dem sie nur eine Unterart sind; es wird mithin dadurch nicht gesündigt, daß eine Geldart für die andere zurückbedungen wird, da beede in ihrem Nennwerth angenommen werden, mithin gegen den Buchstaben des Gesezes nicht angestoßen wird, auch die Gleichheit der Gattung dabey noch immer bleibt: inzwischen ist freylich diese Antwort nicht durchaus genügend, denn so gehört auch wieder Metallgeld und Papiergeld als bloße Unterarten unter die Gattung des Geldes überhaupt, so wie umgekehrt jede Münzsorte, die in obiger Beziehung betrachtet, Unterart ist, in anderer Beziehung auf einzelne Jahrsbezeichnungen, Stempeländerungen, andere Unterarten umfassen kann, und in solcher Hinsicht nachmals selbst wieder Gattung ist. Richtiger und wichtiger aber ist die Gegenbemerkung, β) daß jene im Sz. 1892. aufgestellte Merkmahle nach den Wortlaut der Ueberschrift des Kapitels im Code Napoleon nicht zum Wesen, sondern nur zu der Natur des Vertrags gehören, daher bekanntlich zwar da anzuwenden sind, wo ein Vertrag nichts abweichendes bedungen hat, hingegen durch den ausdrücklichen Willen der Betheiligten immer geändert werden können, weil nur

Digitized by Google

doppelsinnige Ausdrücke eines Vertrags nach der Natur des Gegenstands zu bestimmen sind, Sz. 1158., im übrigen aber die gemeinschaftliche Absicht der Vertragspersonen jedem buchstäblichen Sinn und jeder Natur der Sache vorgeht, Sz. 1156. Vollendend ist γ) die Erinnerung, daß wenn man auch ein Anlehen unter solch verändernden Gedingen nicht mehr Anlehen nennen wollte, woran allenfalls ein strenger Rechtskenner Anstand nehmen kann, es darum noch nicht aufhört, ein erlaubtes Rechtsgeschäft zu seyn, das nur uneigentlich benannt ist. Kein Mensch z. B. wird zweifeln, daß es erlaubt sey, wann ein Nachbar den andern in dieser Erndte vier Malter Korn leihet, und sich dagegen in künftiger JahrsErndte fünf Malter Spelz, die hierlands nach dem Mittelwerth für gleich viel geachtet werden, bedingt. Nur wird mancher Anstand nehmen, dieses ein Anlehen zu nennen, weil er es lieber als einen Gattungstausch mit einerseits bedungener einjähriger Frist zur Lieferung bezeichnen wird; dieses ist aber alsdann nur ein Lehrstreit und kein Rechtsstreit. Hiernach muß man den nemlichen Vertrag, wenn er über verschiedene Geldsorten geschlossen wird, auch ebenso beurtheilen, so lang nicht aus dem Gesezbuch eine gültige Ausnahmsursache angezeigt werden kann, wohin besonders auch gehört, wenn er gegen die öffentliche Ordnung anstoßt, Sz. 6. Nun ist zwar zu b.) nicht zu läugnen, daß dieser Fall eintreten kann, und allemahl da wirklich eintritt, wo jemand entweder fremde nicht im Umlauf befindliche Münzen sich bedingt, da er doch nach Sz. 1895. mit Münzen die im Umlauf sind, sich begnügen soll, und keinem Privatmann zusteht, durch seine Verträge Münzen in Umlauf sezen zu wollen, die es gesezlich

nicht sind. Eben dieses würde geschehen, wenn jemand für hingegebenes Papiergeld sich Metallgeld zurückbedingen, und damit jenes, da wo es einen gesezlich nothwendigen Lauf hat, ausschließen wollte, denn ein solches Geding wäre geradezu eine Aufhebung der gesezlichen Nothwendigkeit der Annahme, also gewiß gegen die öffentliche Ordnung, so wie es auch gegen den ganzen Geist des Gesezes wäre, der nur nach Nennwerth, Stücken, oder Stangen, das Herschießen und Rückzahlen bestimmt wissen will, nicht aber gestattet, das Herschießen nach der einen und das Rückzahlen nach einer ganz andern Weise zu bedingen, und mithin für gegebenen Nennwerth Stücke zurück zu verlangen. Wo nun aber ein solcher mit der öffentlichen Ordnung anstößiger Fall nicht eintritt — und das ist allemahl der Fall, wo von Münzen die Rede ist, denen der Gesezgeber nebeneinander freyen ungehinderten und ungebannten Umlauf gestattet, wie z. B. von Kronen- und Konventionsthalern im Badischen — da ist kein Staatsgrund da, dieses Geding zu verbieten, und der Freyheit des Handels und Wandels unter den Bürgern Schranken zu sezen; und da kann folglich ein Vorwand von der öffentlichen Ordnung nicht entlehnt werden, um ein solches Vertragsgeding zu tadeln. Endlich zu c.) mag man es wohl alsdann als einen Zinswucher ansehen und anfechten, wenn der Darleiher die hingeliehene Geldart verschwiegen, oder falsch angegeben, oder verdeckt hätte, wozu er aber in hiesiger Gesezgebung keinen vernünftigen Grund haben könnte, da diese die erhöhte offene Zinsgedinge erlaubt, Sz. 1907.; wo aber jene Angabe geschehen, also alles offen verhandelt wäre, da fällt auch dieser Anfechtungsgrund weg, und es muß folglich in

Ermanglung eines Verbots bey der Regel bleiben, daß jeder rechtmäßig geschlossene Vertrag als Gesez unter denen gilt, die ihn geschlossen haben, Sz. 1134.

216.

Geldwerth bey Anlehensheimzahlungen.

In der Regel soll ein Anleiher das Empfangene in gleicher Gattung, Menge, und Güte wieder erstatten, Sz. 1891. und 1902. Nichts meynt man, müsse natürlicher hieraus folgen, als daß bey GeldAnleihen die nemlichen Münzsorten in der nemlichen Zahl zurückgegeben werden müssen, und dennoch war einst eine Zeit, wo viel über die Richtigkeit dieser Folgerung gestritten wurde; ja es ward dieser Streit durch die ältere Rechtsgesezgebung in Frankreich und in Deutschland ganz verschieden beygelegt. In Deutschland, wo weniger Staatseinheit und Staatskraft, aber mehr Rücksicht auf BürgerAutonomie und Bürgerglück durch die Staatskonstitution herbeygeführt wurde, ward die Meynung vorherrschend, welche die GehaltsGleichheit zum Grund legte, Minsynger V. Obs. 1., Leyser DXXIX. Med. 15., wiewohl die entgegengesezte Ansicht auch unter den Rechtslehrern nicht alle Anhänger verlor, Cocceji Jus Contr. L. 46. T. 3. Q. 5. In Frankreich, wo mehr Rücksicht auf Staatsvortheil und Regentenwillen mittelst einer kräftigeren Staatsverfassung herrschend war, erhielt hingegen die Rückzahlung nach dem Nennwerth von lang her den entscheidenden Vorzug, de la Porte Pandectes françaises T. 14. p. 75., der ihr nun durch die Napo-

Digitized by Google

leoniſche Geſezgebung in dem ganzen Rechtsgebiet derſelben geſichert iſt, Sz. 1895., worüber einer der Mitarbeiter an jener Geſezgebung ſehr naiv bemerkt: tout cela peut n'être pas rigoureusement juste, mais la raison d'etat le veut ainsi, Maleville Analyse T. 4. pg. 39. Inzwiſchen die StaatsRaiſon die er zu Hülfe ruft, hat dennoch auch in dem Rechtskreis ſelbſt eine nicht verwerfliche Haltung. Man gewöhnt ſich im Denken da, wo Metallgeld das gewöhnliche iſt, unter Geld überhaupt immer nur an Werthzeichen von beſtimmtem inneren Werth, an Münzen zu denken, weil die deutſche Sprache hier nicht ſo beſtimmt unterſcheidet wie die lateiniſche, welche außer den Worten: moneta (Münze als Gattungswort), und numismata (Münzen als Stückbezeichnung), noch die Worte: pecunia und nummi hat, die wir Deutſche gewöhnlich beede mit dem Ausdruck: Geld, verdeutſchen. An ſich iſt Geld nur das Werthzeichen, nur der Ausdruck des gemeinſchaftlichen Maaſes, womit der Werth aller Bedürfniſſe unter- und gegeneinander bezeichnet wird; ſo wie dieſer Maasſtab von geprägtem oder gewognem ungeprägten Metall ſeyn kann, und je nach Verſchiedenheit der Nationalſitten iſt, ſo kann er ſelbſt, wie bey manchen Wilden, aus Muſcheln oder Steinchen beſtehen. Alles kommt darauf an, daß ihm entweder ein gemeinſamer Vortheil bey deſſen Beſiz, oder eine StaatsEinrichtung die Kraft verſchafft, den Werth aller Bedürfniſſe ſo vorzuſtellen, daß man ſie gegen ſolches Werthzeichen ſtets ein- und auswechſeln kann. Wo der gemeinſame Vortheil etwas in den Rang des Geldes ſezt, da kann auch nur er entſcheiden, wie weit bey verändertem Verhältniß eine Zahlung nach dem Nennwerth der jezt Lauf haben-

den

den Werthzeichen, oder nach Werthverhältnissen derselben gegen ältere, zu leisten sey, und dieser Vortheil muß natürlich immer auf der lezten Zahlungsart erscheinen, daher sie zur Regel erheben. Wo aber die StaatsEinrichtung ihm die Kraft verschafft, Werthzeichen zu seyn, und das ist allemahl da der Fall, wo regentenamtliches Gepräge es für seinen Gebrauch bezeichnet, da muß umgekehrt der Regent immer wollen, daß der Nennwerth die Regel mache, denn diesen prägt er jeder Münze auf, und kann also unmöglich, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu kommen, wollen, daß sie diesen Nennwerth nicht wirklich sich aneignen dürfe, mithin im Umlauf ihr ein Anderer als dieser zukommen solle. Diese Ansicht hält die französische Rechtslehre so fest, daß sie nirgends, auch nicht einmahl durch Verträge, den Stückwerth oder inneren Gehalt an die Stelle des Nennwerths zu bedingen erlaubt, sobald von geprägtem Geld die Rede ist, de la Porte a. a. O. pg. 78. Nach dieser Ansicht, wo das Geld nur als staatsverfassungsmäßiges Werthzeichen behandelt wird, hat derjenige sein Anlehn in gleicher Gattung, Menge und Güte zurück erhalten, der wiederum ein zur Heimzahlungszeit unverrufenes staatsverfassungsmäßiges Werthzeichen von gleichem Nennwerth zurück erhält, obschon der Stoff jenes Zeichens inzwischen ganz verändert, und dadurch sein Gehalt, als Waare zu andern Waaren, in ein ganz abweichendes Verhältniß gekommen ist. Auch liegt darinn jene schreiende Ungerechtigkeit nicht, welche Manche darunter erblicken. Eine Aenderung im Gehalt bey gleichem Nennwerth kann durch Sachgründe oder durch Staatsnoth herbeigeführt werden. Der erste Fall tritt da ein, wo die Leichtigkeit

den Stoff zu erhalten, woraus das Geld geprägt wird, durch Veränderungen des Weltlaufs in ein anderes Werthverhältniß zu den Erwerbgelegenheiten der übrigen Lebensbedürfnisse kommt; in diesem Fall ist offenbar ein gleicher Gehalt im Verhältniß zu einer früheren Zeit nicht mehr zu allen übrigen Dingen der gleiche Werth, sondern nur derjenige ist es, der dem jezt veränderten Werthverhältniß des Stoffs gegen andere Waaren entspricht, und hat demnach der Regent auf diesen den Gehalt einer Münze von gleichem Nennwerth eingerichtet, so empfängt nun damit ein jeder Darleiher gerade so viel VermögensZuwachs in einer bestimmten Zahlung, als er ehemals weggab, und die Zahlung nach dem Nennwerth ist alsdann gerecht. Entspringt aber die Münzveränderung aus Staatsnoth, sezt der Staasregent den Gehalt bey gleichem Nennwerth deswegen herunter, damit für ihn ein größerer Schlagschaz, durch solchen ein vermehrtes Staatseinkommen entstehe, dann ist diese Münzveränderung nichts anders als eine Staatssteuer, welche die Einrichtung hat, daß derjenige der unmittelbar aus Staatshänden Zahlung zu empfangen hat, den Vorschuß auf sich nehmen muß, gegen die Versicherung, daß die Mitleidenheit der übrigen Staatsbürger nachmals durch den gezwungenen Lauf derselben in ihrem Nennwerth unter die übrige Staatsbürger sich vertheilen werde. Ob eine solche Steuer an sich und unter Umständen gerecht und weise sey, ob nicht der Staat nach geendeter Staatsnoth durch Einwechslung statt der Verrufung die Münze wieder aus dem Umlauf zu bringen schuldig sey, und hundert andere ähnliche Fragen, gehören dem Staatsrecht an. Das bürgerliche Recht muß aus der Thatsache ausgehen, daß

diese Münzgattung im Staat vorhanden ist, und muß daran die Rechtsvermuthung knüpfen, daß ihr Daseyn ordnungsmäßig sey, weil die Vorschriften des pflichtmäßigen Betragens für den Staatsbürger gebieten, die Handlungen der Regierungsgewalt nicht zu meistern, sondern zu ehren. Sobald das bürgerliche Recht aus solchem Gesichtspunkt ausgeht, so muß es nothwendig die Annahme im Nennwerth als Regel wollen, weil sonst die Staatssteuer auf demjenigen haften bliebe, der seine Zahlungen unmittelbar vom Staat empfängt, und sich nicht weiter auf die übrigen Staatsbürger vertheilte, worinn allein doch der staatsrechtliche Grund liegt, dem ersten Empfänger diesen Staatssteuer-Vorschuß zuzumuthen. Hierdurch unterliegt freylich jede in die Zukunft verschobene Zahlung einer Gefahr, weil geringere Münzen zu solcher Zeit in Gang gekommen seyn können, als der Darleiher zur Zeit der gegebenen Anleihe hingab, und wieder zu empfangen gedachte. Allein diese Gefahr ist nichts besonderes des Anleihvertrags, sondern tritt noch bey vielen andern Rechtsgeschäften ein, vollends in solchen die mit der Staatsverfassung in naher Berührung stehen. Wer in diesjähriger Erndte Korn dem Andern leihet, um es in künftiger Erndte wieder heimgezahlt zu erhalten, läuft Gefahr, daß über das Jahr die Frucht leichter im Gehalt und geringer im Preis steht: wer heute einen Acker kauft, den er für wohlfeil gekauft hält, muß es wagen, daß durch Ereignisse in ein paar Jahren der Preis um ein Drittel und mehr gefallen seyn kann, und muß wagen, daß der Staat durch Nothfälle gedrungen mit einer unvorgesehenen Steuerlast die Güter belegte. Wer dieses Frühjahr Krapp oder Runkelrüben oder Waid pflanzt oder an-

kauft, weil sie hoch im Preis stehen, wagt immer daß bis zur Erndte oder Wiederverwerthung sie weit unter den jezt berechneten Werth fallen. Kurz; in der Zukunft ist in der Welt nichts gewiß als die Ungewißheit; wie will man es da dieser Heimzahlungsart zu einem Vorwurf anrechnen, daß durch sie auch bey der Geldleihe eine gleiche Ungewißheit statt finde, wie solche bey andern auf Umsaz geschehenen Erwerbsarten auch unvermeidlich ist.

217.

Zahlung früherer Geldverbindlichkeiten.

Da in der vorigen Verfassung der Regel nach bey jeder VertragsVerbindlichkeit, die auf eine gewisse Summe gieng, der innere Werth nach der Zeit der entstandenen Verbindlichkeit in Anschlag genommen wurde, (St. 216.) anstatt daß jezt auf den Nennwerth zur Zahlungszeit gesehen wird, (St. 181.) sobald nicht die Zahlung in Stangen, Stücken, oder auf gleichgeltende Art bedungen ist, (St. 218.) so entsteht nun die wichtige Frage: wie ist es mit jenen Verbindlichkeiten zu halten, welche vor der Herrschaft des Landrechts entstanden sind, aber nach derselben erst zahlbar werden, wenn in der Zwischenzeit der innere Münzwerth sich ändern und die Münzgeseze welche die Aenderung einführen, darüber nichts bestimmen würden? Für gesezliche Verbindlichkeiten, z. B. Taxen, ist die Antwort nicht schwer: denn wenn der Gesezgeber bey Aussprechung des veränderten Münzwerths, den in andern Gesezen ausgedrückten Nennwerth des Geldes nicht auf ein jener Aen-

Digitized by Google

derung zweckmäßiges Verhältniß, erhöht oder mindert, so deutet dieses stillschweigend an, daß solche Staatsabgaben forthin nach ihrem Nennwerth gelten sollen, und es hat damit die Sache ihre geweiste Wege. Aber bey Vertrags-Verbindlichkeiten der Unterthanen unter sich, treten größere Anstände ein. Man kann gegen die Anwendung des Nennwerths nach dem neueren Gesez sagen: a.) die Vertragspersonen hätten zu ihrer Zeit die erfolgende Geldveränderung nicht vorsehen, also auch ihren Vertragshandlungen nicht zum Grund legen können; b.) sie hätten auch nach der damahligen Gesezgebung nicht die Gedanken haben können, in der bedungenen Zahlung ein gewagtes Geschäft einzugehen; c.) wenn man sie nun dennoch wegen das neu eingetretenen auf den Nennwerth verweisenden Landrechts in ein solch gewagtes Geschäft hineinziehe; so gebe man dem Vertrag eine absichtswidrige Deutung, und dem Gesez eine rückwirkende Kraft, welche der Eine und der Andere niemals haben sollten, Sz. 2., 1156.

Hierauf läßt sich jedoch antworten, zu a.) die wirklich eingetretene Veränderung unter allen ihren Umständen und die Zeit derselben konnten die Vertragspersonen vielleicht nicht vorsehen, immer aber deren Möglichkeit; zu b.) sie wußten auch unter der alten Rechtsverfassung, daß über den Werth künftiger Zahlungen viel Streit sey, dem sie, um sicher zu gehen, durch Gedinge vorbeugen konnten und mußten, wenn sie sich nicht der Vorsicht des Gesezes allein überlassen, alsdann aber auch jedem künftig geänderten GesezesWillen sich unterwerfen wollten. Es sey also zu c.) die später eintretende Zahlung eine künftige Folge einer vergangenen Begebenheit, wozu ein früheres Gesez das

Digitized by Google

Recht gegeben hatte, und deren Verhältniſſe ein ſpäteres ändern kann, ohne rückwirkend zu ſeyn, ſo lang es nur noch zwiſchen eintritt, ehe derjenige Fall entſteht, der die Folge erzeugt, (wofür in unſerem Beyſpiel der Verfalltag zu nehmen wäre) Sz. 2b.

Inmittelſt erheben ſich wider dieſe Antwort noch ſcheinbare Gegengründe, um zu verlangen, daß die früher eingegangene Verbindlichkeit nach dem älteren Geſez auch jezt unter der Herrſchaft des neuen beurtheilt werde: denn obwohl zu a.) die Möglichkeit der Münz- und Geſezveränderung etwa unter die vorherzuſehende Gedinge gerechnet werden mag, ſo durften die Vertragsperſonen doch voraus unterſtellen, daß in jeder künftigen Geſezgebung über Privatrechtsverhältniſſe dem Willen der Vertragsperſonen ſeine Ehre werde gegönnt werden, wie es auch durch die verbotene Rückwirkung der Geſeze im Landrecht geſchehen iſt, Sz. 2., nun war es aber zu b.) in dem alten Rechtsverhältniß nicht nur bey vorſichtig gefaßten ſchriftlichen Verträgen gewöhnlich, den Münzfuß auszudrucken, worinn die Zahlung geſchehen ſoll, ſondern auch da, wo dieſes nicht geſchehen war, verſtand jedermann nach Landesgeſez und Landsbrauch die unbeſtimmt eingegangene Verbindlichkeit von einer ſolchen die im Münzfuß, der zur Zeit der Entſtehung obwaltete, zu berichtigen iſt, und es gehörte mithin die Zahlung nach dieſem Münzfuß zu jenen üblichen Gedingen, von denen der Code Napoleon ſagt, daß ſie auch nicht ausgedruckt hinzugedacht werden müſſen, Sz. 1161., das ſcheint dann mit andern Worten zu ſagen: die älteren Verträge müſſen jezt durchaus ſo angeſehen werden, als ob ſie in Stangen geſchloſſen wären (St. 118.); auch läßt ſich vertheidigen,

Digitized by Google

es stoße dieses zu c.) nicht gegen den Sz. 2 b. an, weil die Zahlung keine bloß künftige Folge einer vergangenen Begebenheit ist: denn in dem Augenblick, wo eine Verbindlichkeit entsteht, ist auch deren einzige Rechtsfolge, die Zahlung, vollbegründet, wenn gleich die Leistung derselben durch einen Verfalltag auf künftige Zeiten betagt ist, auch war es nicht das Gesez, welches das Recht zu dieser Folge, d. h. zu der bestimmten Zahlung gab, als welches vorhin nur sagte, jeder Vertrag soll heilig gehalten werden, was es auch jezt noch sagt, sondern die VertragsAbrede begründete die Folge der Zahlung; endlich der Verfalltag ist kein Fall, der die Folge der Zahlung erzeugt, die schon durch die erste Abrede erzeugt ist, er räumt nur ein Hinderniß derselben weg, mithin darf man sagen, es fallen alle Erfordernisse zu der Ausnahme von dem Verbot der Rückwirkung des Gesezes weg, und dieses Verbot, mit ihm die Gültigkeit der alten Zahlungsart, behalten ihr Rechtsgebiet.

Dennoch muß allein für die Zahlung des Nennwerths nach dem Buchstaben des Gesezes auch in diesem Fall entschieden werden. Denn mag man zu a.) die Vermuthungen über das was eine künftige bürgerliche Gesezgebung thun werde, mit noch so viel Milde und Bürgersinn ziehen, so kann man sich nie verhehlen, sie werde immer den künftigen Folgen eines Gesezes kein Daseyn mehr zu erkennen, das sein Entstehen erst in Zeiten nehmen sollte, wo schon die Quelle dieses Daseyns, das Gesez selbst von ihr als ferner unzulässig weggesprochen worden ist, weil sie diese Handlungsweise selbst ausgesprochen hat, Sz. 2 b., am allerwenigsten darf man dieses da, wo ihre Aenderungen aus Gründen der Staatsverfassung hervorgehen, denen die bür-

Digitized by Google

gerliche Gesezgebung untergeordnet bleibt, wie das bey den Münzverordnungen durchaus der Fall ist. Es ist demnach zu b.) falsch, daß man wegen dem alten Recht, das! die Gleichheit des inneren Werths der Zahlung mit jenem zur Zeit der Zusage forderte, es für ein stillschweigendes Geding ansehen könne, daß der damahligen Zeit nachgegangen werde, indem in diesem Fall jedesmahl alle Folgen eines zur Vertragszeit bestandenen Gesezes als stillschweigende Gedinge angesehen werden müßten, womit der ganze Sz. 2 b. zu Boden fallen würde, sondern sie ist nur eine Heimstellung in den jederzeit veränderlichen Willen des Gesezgebers, Erl. I. S. 29., und so ist es zu c.) bey einer bloß auf Geld ohne Bestimmung gewisser Münzsorten gerichteten Zahlungszusage durch diese selbst gar nicht bestimmt, welche Gattung Geldes und in welchen Werth darunter zu verstehen sey; dieses hatte das Gesez für jene Fälle, die ihm der Vertrag heimgestellt ließ, bestimmt, und kann diese Bestimmung wieder ändern, am allermeisten da, wo die Aenderung aus Staatsgründen ausgeht, und, wie hier, eine Staatssteuer bezweckt, von welcher kein Vertrag unter Staasbürgern ein Befreyungstitel seyn kann.

218.

Zahlungen nach bestimmtem Münzfuß.

Da der Code Napoleon Zahlungen nach dem Nennwerth und nach Stangen unterscheidet, Sz. 1895. und 1896., welch lezteren das badische Landrecht noch die Zahlung in gleichen Stücken aus örtlichen Gründen hinzufügt, Erl. III.

Digitized by Google

S. 663., so führt dieses sehr natürlich zu der Frage, wohin gehört die Verbindlichkeit eine bestimmte Summe Geldes nach jenem benannten Münzfuß zu zahlen, z. B. nach dem vier und zwanzig GuldenFuß. Vielfach vernommene Aeusserungen lehren, daß die gewöhnliche Ansicht sie zu den Zahlungen nach Nennwerth rechnet, weil man gewöhnlich über der vernommenen Summe die mitfolgende Bedeutung der begleitenden Beziehung auf einen Münzfuß übersieht, und doch ist gerade diese Ansicht ungesezlich. Sobald jemand außer der Vielheitsbezeichnung des Gelds, z. B. einhundert Gulden, noch irgend eine Eigenschaftsbezeichnung z. B. im vier und zwanzig Gulden Fuß hinzufügt, sobald erklärt er damit, daß er sich nicht dem bloßen Nennwerth, d. h. der gesezmäßigen Vorstellung eines gewissen Verhältnisses der Preiszahlungen überlassen will, sodern das Daseyn gewisser Eigenschaften, also irgend eines bestimmten Sachgehalts zum Gesez mache. Wer sich z. B. 240 fl. im 24 fl. Fuß bedingt, der will 100 Stück Conventionsthaler, oder 250 Stück Sechsbäzner oder 500 Stück Dreybäzner = 10 Mark feinen Silbers sammt dem Prägzusaz haben. Er unterscheidet sich von dem, der jene Stückzahl bedungen hat, höchstens darinn, daß er auf das Gepräg keinen Werth legt, welches dieser zuweilen thut, daß er also nie einen erhöhten Umlaufspreis (Agio) gewinnen kann, wie nach Umständen dieser es konnte, jezt aber auch nicht mehr kann, da diese Vertragsart jener in Stangen gleich gestellt ist, mithin nur auf den Metallwerth bezogen werden darf, sondern daß er zufrieden seyn muß, wenn er in seiner Zahlung die nemliche Masse an Silber und Zusaz hat. Daher ist eine solche Zahlungsart nichts anders in rechtlichem Sinn als eine Ver-

Digitized by Google

bindlichkeit zur Zahlung in Stücken, und als solche zulässig.

219.

Betagte Zinsgedinge.

Ein Schuldner hat in seinem Schuldbekenntniß versprochen, die empfangene fünfhundert Gulden nach zwey Jahren ohne weitere Mahnung, mit sechs vom Hundert Zinsen zurückzugeben. Das erste Jahr hat er die Zinsen bezahlt; im zweyten bleibt er mit Kapital und Zins aus Anlaß einer vermeynten Gegenforderung in Rückstand. Als der Gläubiger klagt, dadurch die Gegenforderung zur gerichtlichen Verhandlung kommt, leztere endlich nach einigen Jahren rechtskräftig verworfen wird, und jener nun zahlen soll, will derselbe nur vom Hauptstuhl fünf vom Hundert und von dem zurückgebliebenen Zins des zweyten Jahrs nichts zahlen, der Gläubiger aber verlangt von beeden sechs vom Hundert. Jener führt für sich an, daß die weitere Zinsschuldigkeit lediglich aus dem Verzug entspringe, also nur auf den gesezlichen Zinsfuß gehe; dieser will die Fortsezung des bedungenen Zinsfußes für stillschweigend bedungen behaupten, nach der Lehre bey Carpzov II. Const. 30. Def. 5., Hommel Rhaps. Obs. 91., wovon aber jener nichts hören will, da keine beeder Vertragspersonen damals an den Verzugsfall gedacht habe.

Hier ist voraus als unstrittig anzusehen, daß da über den ausstehenden Zins kein Zinsgeding vorliegt, von dessen Erstreckung keine Rede seyn könne, sondern derselbe lediglich

aus der gesezlichen Verfügung im Sz. 1154., also auch nur vom Tag der Einklagung an, im gesezlichen Fuß gefordert werden dürfe. Nur wegen des Hauptstuhls ist die Schwierigkeit. Die Beziehung auf Carpzov konnte nichts nüzen, denn die L. 12 ff. de usuris, worauf er sich bezog, entschied nur die Frage: wie ein auf mehrere Zinsfristen ausgesprochenes Strafgeding zu verstehen sey, wenn einige, aber nicht alle Zieler, beobachtet worden, keineswegs die hier vorliegende, wie ein auf eine bestimmte Zinsfrist ausgesprochenes Strafgeding auf weitere durch Verzug entstehende Zinsen anzuwenden sey, und keiner von beeden Fällen liegt entschieden im Code Napoleon. Ein anderer Grund, den jener Rechtslehrer aus seinem Fall schöpfte, war, daß schon einige Jahrzieler nachher im höheren Fuß waren bezahlt worden, und damit eine stillschweigende Uebereinkunft hinzugekommen war; dieser Grund, der dort sehr entscheidend war, trifft obigen Fall nicht. Aus der Natur der Sache ist es schwer, jenes stillschweigende Verlängerungsgeding abzuleiten, wenn man nur das als stillschweigend einbegriffen achten will, woran die Personen dachten, indem hier ein beederseitiges Denken an den Verzug nicht erwiesen, schwer erweislich, und wenn es für richtig angenommen würde, noch nicht entscheidend ist. Denn man kann sich auch vorstellen, der Schuldner hat dabey gedacht, eben um den schweren Zins nicht fortzuzahlen, wenn er unverhofft in Verzug käme, wolle er das Zinsgeding mit der Schuld betagen, und ihm dadurch ein Ziel geben, und der Gläubiger habe nach damaliger Ansicht gedacht, da er in der Hand habe das Kapital schnell einzutreiben, wenn er nicht an vorläufige Mahnung gebunden werde,

Digitized by Google

wolle er in Rücksicht, daß der Schuldner die Erlassung der Mahnung nachgab, die Betagung des Zinsgedings nachgeben, anderer ähnlicher Möglichkeiten zu geschweigen, welche verhindern, daß man hier ein Zusammentreffen des beederseitigen Willens in Fortzahlung der höhern Zinsen nicht folgerichtig aus jener Fassung ableiten kann. Wenn daher das Zinsgeding unstrittig betagt gewesen wäre, so würde man eine stillschweigende Verlängerung nicht haben annehmen dürfen, weil dazu nicht nur eine genaue Folgerichtigkeit, Sz. 1108 c., sondern auch noch das gehört, daß wenigstens der eine von beeden Theil für das, was als stillschweigend angenommen gelten soll, sich deutlich erklärt habe, woran es hier mangelt, da kein Theil etwas auf den Verzugsfall geäußert hat. Aber dazu, daß das Zinsgeding unstrittig betagt sey, hätte es heißen müssen, man verspreche nach zwey Jahren das Kapital und die in solcher Zeit verfallende Zinsen mit sechs vom Hundert zu bezahlen, oder wie nun etwa in die Worte auf andre Art eine bestimmende Beziehung der Frist auf das Zinsgeding gelegt worden wäre. Hier aber ist der Tag nur in bestimmte Beziehung zur Anlehensdauer gesezt, der Zinsen und ihres Betrags ist nur anhangsweise als eine Zugehörde der Zahlung gedacht, und die Frage richtig gestellt, ist also nicht die, ob dieses Zinsgeding verlängert, sondern ob es stillschweigend für mit betagt gelte. Hierdurch bekommt sie eine ganz andere Rechtslage. Der Gläubiger, welcher sechs vom Hundert Zins bedingt, hat damit erklärt, daß er dieses als den seiner Lage angemessenen Bestandschilling für den weggebenden Gebrauch des Gelds ansehe, vergl. Erl. III. S. 657. und 668., und der Schuldner, der ihn verspricht,

erklärt folgerichtig auch damit, daß er ihn dafür annehme. Dieses bestätigt Sz. 1153., welcher für den Fall des Verzugs, also für den Fall einer unerlaubten Entziehung des Geldgebrauchs die Zinsen als Entschädigung wegen entzogenem Geldgebrauch ansieht; denn sind sie dieses, so müssen sie nothwendig da, wo von einer erlaubten Entäußerung die Rede ist, wo demnach der Name Entschädigung nicht anwendbar ist, Vergütung desselben, oder Erwerbungspreis, das ist Bestandschilling seyn, Erl. III. S. 581. Gleichwie nun überhaupt bey dergleichen Bestandverträgen das Gesez es für stillschweigend in den ersten Vertrag einbegriffen erklärt, daß wenn die Zeit abgelaufen ist, und die Vertragspersonen den Gebrauch fortsezen, dieses für eine Einwilligung in Fortzahlung des alten Bestandzinses gelte, Sz. 1738., so muß dieses auch auf die Zinsleihe als Geldbestand anwendbar seyn. Zwar kann man sagen, dieses sey nur von einem stillschweigend bewilligten Fortgebrauch gesagt, nicht von einem solchen, der durch Klage bestritten wird, also aus Verzug entsteht, und dieses ist auch in dem Sinn richtig, daß ein Bestandgeber in diesem Fall nicht an den Bestandzins gebunden ist, wenn er zeigen kann und will, daß ihm die durch den Verzug in Räumung seines Guts entgangene anderweite Benuzung mehr werth sey, aber unfehlbar muß der vorige Zins als der geringste Maasstab der Entschädigung, die der Beständer in einem solchen Fall zu zahlen hat, angesehen werden. Das Nemliche ist daher auf Zinsleihe auch anzuwenden, da keinem Rechtsverhältniß eine solche Auslegung gegeben werden darf, wornach der Schuldner die Befugniß hätte, durch unrechte Thaten, wie der Verzug Eine ist, seine Schuldigkeit

und die Befugnisse eines Andern zu mindern, mithin solchen Verzug zu seinem Vortheil vor Gericht geltend zu machen, vergl. Sz. 1117 a. Fordert nun der Gegenstand des Vertrags vermög der dabey zu berücksichtenden gesezlichen und natürlichen Billigkeit, Sz. 1135., jene Fortsezung der Zinszahlung in dem unverhofften Verzugsfall, und muß jeder doppelsinniger Ausdruck dem Gegenstand des Vertrags gemäß ausgelegt werden, Sz. 1158.; so ist ein Vertrag obiger Art nicht auf ein betagtes Zinsgeding, sondern auf ein unbeschränktes, das bis zur Heimzahlung des Hauptstuhls fortdauert, auszulegen. Hiergegen wird vergeblich eingewendet: a.) die Auslegung müsse dem zu Gunsten gemacht werden, der eine Verbindlichkeit übernehmen soll: denn einestheils kann, wie gedacht, keine Rechtsgunst von dem geltend gemacht werden, der aus unrechten Thaten verbindlich wird, mithin kommt ihm die nur gedachte Regel niemals zu gut, vergl. Sz. 1247 a., Erl. III. S. 96., anderntheils geht überall jene Regel nur diejenige Zweifel an, welche aus der Natur der Sache über den Umfang der Verbindlichkeit hervorgehen, nicht jene, wo aus den Worten des Vertrags der Zweifel entsteht; diesem gilt die andere oben aus Sz. 1158. angezogene Regel, Erl. III. S. 103. Hier aber ist Natur der Sache gewiß, es ist unläugbar, daß eine Zinsleihe vorhanden sey, und der daraus hervorgehende Umfang der Verbindlichkeit ist klar, der den Schuldner zur Verzinsung bis zur Heimzahlung verpflichtet; die Frage ist sofort nur, ob diese allgemeine Natur durch Betagung des Zinsgedings beschränkt worden sey; drittentheils wenn man jene Begünstigung des Uebernehmers einer Verbindlichkeit hier anwenden könnte

und wollte, so wäre sie nicht auf die Uebernehmung der Zinslast, sondern auf die Uebernehmung der Beschränkung, wornach diese Zinserhöhungslast nur zwey Jahre dauern soll, anzuwenden, und so würde der Gläubiger als der Uebernehmer der BeschränkungsVerbindlichkeit anzusehen seyn, und ihm zum Vortheil wäre also die Auslegung zu machen. Vergeblich wird b.) eingewendet, man dürfe nur solche Sachen unter einen Vertrag ziehen, worüber die Betheiligten erweislich zu unterhandeln Willens waren, Sz. 1163., welches hier in Absicht des Verzugs der Fall nicht sey: denn jene Regel gilt nur den Zweifeln über den äußeren Umfang der Vertragssachen, nicht jenen über ihre aus den Vertragsausdrücken oder dem Urkundeninhalt zu beurtheilenden Bestimmbarkeiten. Hier aber ist außer Zweifel, daß die Vergütung für den Gebrauch des Gelds, oder der Zins, als Gegenstand der Unterhandlung von beeden Theilen in das Auge gefaßt war, und nur darüber entsteht Zweifel, ob er durch Betagung eine besondere Bestimmung erhalten habe. Vergeblich c.) wird eingewendet, daß Entschädigung für den durch Verzug entgehenden Gebrauch des Geldes im Sz. 1153. auf die Verurtheilung zu den gesezlichen Zinsen, das ist auf fünf vom Hundert, beschränkt sey. Anderwärts ist schon bemerkt, daß hierdurch bedungene höhere Entschädigung nicht beseitigt werde, Erl. III. Sz. 97., daß folglich der Saz nur von solchen Geldsummen rede, für deren Entbehrung nichts durch Geding voraus bestimmt ist. Auf Zinsleihen ist er daher um so weniger anwendbar, als er allein von solchen verzögerten Geldverbindlichkeiten spricht, welche auf Zahlung einer gewissen, das heißt vollbestimmten, Summe

beschränkt sind, also zu nichts weiter verpflichten; von der Art aber ist eine Zinsleihe nicht, welche außer der Zahlung des Hauptstuhls, der eine vollbestimmte Summe ist, die in dem Betrag unbestimmte Schuldigkeit der Zinszahlung bis zur Geldzurückgabe ihrer Natur nach in sich begreift.

220.

Unterschied stummer und sprechender Zinsgedinge.

Eine Schuldurkunde besagte: „heute über ein Jahr zahle „ich an N. N. die Summe von eintausend und sechszig Gul„den, welche ich heute baar vorgeliehen erhalten habe, „und die ich ohne eine Mahnung zu erwarten, bey Vermei„dung des Zugriffs auf mein bereitestes Vermögen zur Ver„fallzeit zu erstatten verspreche.“ Der Gläubiger, als nach mehreren Jahren die Sache zur Sprache kam, wo inzwischen der Schuldner gestorben war, behauptete, es seyen dafür eintausend Gulden nur von ihm gezahlt, und die übrigen sechszig Gulden seyen als Zins hinzugeschrieben worden. Die schuldenden Erben aber erklärten, wie sie sich in der Unbekanntschaft mit der Beschaffenheit des Anlehens lediglich an den Inhalt der Urkunde hielten, und wollten daher nur fünf vom Hundert des ganzen Ansazes zahlen. Hieraus entstanden die nachstehenden Fragen:

a.) ob dergleichen stumme Zinsgedinge gültig seyen? und

b.) ob bey ihnen die Zinssumme ins Kapital gerechnet und zur Verzinsung mit gezogen werden könne?

c.) ob

c.) ob das Maas der bedungenen Zinsen auch auf die nachherige Verzugszeit anzuwenden, mithin

d.) ob das Daseyn eines solchen stummen Zinsgedinges auf Beweis auszusetzen sey.

Zu a.) steht dieser Vertragsart entgegen: α) daß durch die Einrechnung der Zinsen in das Kapital ein erhöhter Zinsfuß verdeckt werde, indem alsdann aus der Urkunde niemals ersehen werden kann, zu wieviel vom Hundert die Zinsleihe geschlossen ist. Dieses würde auch sehr erheblich gewesen seyn, wenn hier irgend ein Verdacht obwaltete, daß solche Zinsen damit hätten bezogen werden wollen, welche keinen durchaus erlaubten Vertragsfuß ausmachten. Dieser Fall war hier nicht vorhanden, weil hierlands sechs vom Hundert durchaus erlaubt sind, Sz. 1907 b., und konnte daher von der auf den erhöhten Zinsfuß für gewisse Fälle bestimmten gesezlichen Minderungsbefugniß, Sz. 1907 f., niemals eine Frage werden; eine Ungültigkeit des Vertrags im Ganzen ist ohnehin vom Gesez nicht daran geknüpft. Zwar ward weiter zur Unterstüzung gesagt: β) der Betrag, oder wie es im Grundtext heißt: le taux, der Fuß der Zinsen müsse in einer schriftlichen Urkunde bestimmt seyn, das finde sich aber hier nicht, also sey das Zinsgeding, so weit es den gesezlichen Fuß übersteigt, unkräftig. Allein der Betrag der Zinsen war hier offenbar durch Urkunde bestimmt, nur nicht ausgeschieden vom Kapital, und daher konnte man den Zinsfuß daraus allerdings so lang nicht berechnen, als man von diesem Betrag keine Kenntniß hatte; nur alsdann, wann der Betrag auf sechszig Gulden in der Urkunde ausgedruckt gewesen wäre, würde der Zinsfuß auch mit ausgedruckt gewesen seyn. Allein auf

den Zinsfuß im Gegensaz gegen den Zinsbetrag kommt es nur da an, wo Verdacht einer bedeckten gesezwidrigen Vertragsart vorliegt. Dieser lag hier nicht vor: denn gerade nur bey einem Zinsfuß von 6 Procent, war für die Summe von 1060 fl. auf ein Jahr hingegeben, eine Zuschlagung der Zinsen zum Kapital denkbar, bey einem höheren oder niedrigeren Zinsfuß, würde durch keinerley veränderten Zinsfuß die verschriebene runde Summe herauskommen, und das ist bey allen solchen stummen Zinsgedingen der Fall; eine runde Summe läßt sich nur durch den wirklich angenommenen und durch keinen andern Zinsfuß auflösen. Deswegen können solche stumme Zinsgedinge zwar wohl die Auffindung des wahren Zinsfuses erschweren, aber nie unmöglich machen, mithin niemals zur Bedeckung eines gesezwidrigen Zinsfußes dienen. Ohnehin war hier bey einer handschriftlichen Schuld gar kein unerlaubter Zinsfuß und noch weniger eine Ursache zu dessen Verdeckung gedenkbar, da nach badischen Gesezen die ausdrücklichen Zinsgedinge der handschriftlichen Forderungen keinen gebotenen Fuß haben.

Zu b.) nach der alten Verfassung würde man gegen jene Vertragsart noch das haben einwenden können, daß diese Verschreibungsart ein Weg sey, Zins von Zinsen zu beziehen, weil dadurch der erst verfallene Zins mit dem Kapital in die Zinsschuldigkeit falle. Nachdem aber dieses laut Sz. 1154. erlaubt ist; so fällt dieser Tadel weg; diesemnach bleibt nur die schwere Frage übrig

zu c.) ob für die Folgezeit das stumme Zinsgeding fortzusezen, oder die Verzinsung vom Ganzen als von einem Hauptstuhl zu nehmen sey, oder angewandt für unsern

Digitized by Google

Fall, ob der Schuldner in einem solchen Fall, tausend Gulden Kapital und von dem ersten Augenblick der Darleihe an, bis zur Heimzahlung sechs Procent Zinsen oder eintausendsechszig Gulden und vom Verfalltag an, davon fünf Procent Zinsen zu zahlen habe. Da fünf Jahre von der Darleihe an verflossen waren, so würde er im ersten Fall 1300 fl. im zweyten aber 1272 fl. zu zahlen gehabt haben. Diese Frage von der Fortwirkung betagter Zinsgedinge kann unter zweyerley Gestalten vorkommen, einmahl bey sprechenden, z. B. es verspricht jemand nach zwey Jahren auf den bestimmten Tag die Anleihe heimzubezahlen, und indessen mit sechs vom Hundert zu verzinsen; zum andern bey stummen. In dem ersten dieser Fälle hat die Fortdauer des einmahl bedungenen Zinsfußes keinen erheblichen Anstand. Schon im vorhergehenden Stück sind die Gründe ausgeführt. Ihnen tritt noch hinzu, daß schon α) der Ausdruck, er mag fast lauten wie er will, es mit sich bringt; heißt es: und bis zur Heimzahlung zu verzinsen, dann ist die Fortdauer des Zinsgedings nach zwey Jahren auf den Fall, da die Heimzahlung nicht geschieht, für sich dadurch ausgesprochen; heißt es, und mit so und so viel zu verzinsen, so ist das Zinsgeding unbestimmt und unbetagt, und wenn es also gleich einem betagten Anlehen anhängt, so wird es selbst dadurch nicht betagt, und muß also, wenn dieses länger stehen bleibt, so gut wie die Hauptvertrags-Verbindlichkeit bey Kräften bleiben; β) es ist kein Grund vorhanden, nach eingetretenem Verzug einen veränderten Zinslauf anzunehmen: denn ist der bedungene Zinslauf höher als der gesezliche, so wäre es gegen alle reine Rechtsgrundsäze, dem Schuldner zum Lohn für seine Nichterfül-

lung der Verbindlichkeit eine Erleichterung zu gönnen, oder dem Gläubiger für seine Nachsicht eine geringere Vergeltung des entbehrenden Geldgebrauchs zuzumuthen, als jene ist, welche er durch das Geding seinen Umständen angemessen erklärt hat. Wäre er aber geringer, so hat der Gläubiger damit erklärt, daß er diese geringere Summe für eine hinlängliche Entschädigung des entbehrenden Geldgebrauchs annehme, und muß sich also auch nachher im Verzugsfall damit begnügen lassen, wenn er sich nicht durch ein Nebengeding auf diesen Fall einen höheren bedungen hat; weil er derjenige ist, zu dessen Vortheil das Zinsgeding ist, und gegen den also die Auslegung des Zweifelhaften ausfallen muß, Sz. 1162. Dieses bestätigt der Wortlaut des Sz. 1153., welcher sagt, die Entschädigung in Verzugsfällen verstehe sich allemahl nur von der Verurtheilung in die gesezliche Zinsen; denn die Worte: allemahl nur, zeigen an, daß sie niemals höher seyn dürfen, daß aber diese Höhe nicht jedesmahl das nothwendige Maas ist, sondern nur die höchste Ausdehnung desselben; endlich c.) hierdurch bleibt die Sache mit der alten Rechtslehre, Carpzov II. Const. 30. Def. 5., und mit dem vorigen ihr gemäßen Landsbrauch in Gleichheit, nach welch lezterem das Zweydeutige in einem Vertrag immer ausgelegt werden soll, Sz. 1159., und welcher also fernerhin nur da nicht entscheiden muß, wo er die Aufhebung einer aus der neuen Gesezgebung folgerichtig abquellenden Regel zur Folge haben würde.

Hingegen bey stummen Zinsgedingen stellt sich die Rechtsansicht ganz anders. Hier kann α) aus der bloßen Ansicht des Schuldscheins nichts anders als eine unverzinsliche Darleihe entnommen werden, wer durch seine Angabe diese in

eine Zinsleihe umwandeln will, der behauptet damit eine dem Buchstaben der Urkunde entgegenlaufende Absicht der Vertragspersonen. Nun werden aber Urkunden gerade dazu gefertigt, daß sie die Vertrags-Absicht Natur und Ursache zu einem erkennbaren Weltverhältniß machen sollen, Erl. III. S. 235., und das Gesez will, daß wo nach Natur des Falls und Größe des Betrags eine Urkunde nöthig ist, keinerley Schlupfwinkel zu deren Umgehung offen bleiben sollen, weswegen es den Zeugen- und Vermuthungsbeweis dabey einschränkt, Erl. III. S. 352. Offenbar würde aber zu einem solchen ein breiter Weg gebahnt, wenn man erlaubte, für solche Absichten, die im Vertrag nichts für sich, und die Worte selbst gegen sich haben, Zeugen oder andere Mittel zum Beweise entlehnen zu dürfen, welches daher Sz. 1156 a. verbietet. Selbst wenn dargethan werden könnte und wollte, daß die Partheien einander erklärt hätten, es sollten im Verzugsfall die stummen Zinsen fortgehen, würde der Richter dieses nicht achten dürfen, weil dieses eine Rechtsverwahrung gegen die Fassung des Anlehensscheins seyn würde, wobey der Aufsaz des Scheins keine vernünftige Haltung mehr hätte, und wobey die Zeugschaft der Urkunde, welche die Gesezе für Einwilligung in das Geschriebene erklären, umgeworfen würde, welches Sz. 1108 c. verbietet. Diesemnach kann

zu d.) das nur nach dem widersprochenen Angeben des einen Theils vorhandene Daseyn eines stummen Zinsgedings gar nicht auf Beweis ausgesezt, sondern es muß Einwendens ohnerachtet, lediglich auf den Inhalt der Urkunde erkannt werden.

Digitized by Google

221.

Vermuthung der Schuld aus Zinszahlungen.

Zinsen sind Zugehörden eines Hauptstuhls, die als etwas selbstständiges ohne ihn nicht gedacht werden können. Jede Zinszahlung beurkundet daher den Glauben des Zahlenden an das Daseyn einer Schuld; aber deswegen noch kein Anerkenntniß dieses Daseyns, denn dazu gehört die bestimmte Kenntniß der Natur und Rechtsverhältnisse einer Schuld, Sz. 1337. Geschieht indessen diese Zinszahlung mehrere Jahre hintereinander, (wofür, so wie ehemals, Mevius II. 318., Leyser CCXLIII. Med. 8., also noch jezt ein Zeitraum von zehn Jahren hinreicht, so muß man vernünftigerweise voraussezen, daß die Natur der Schuldbeschaffenheit inzwischen geprüft und richtig befunden worden, somit geht daraus die richterliche Vermuthung einer Kapitalschuld, jedoch nur einer solchen, welche dem Schuldner mindest lästig ist, vergl. Sz. 1256., das heißt einer ablöslichen, hervor, die nach Umständen mehr und minder treffend seyn kann, Mevius II. Dec. 362. Aber eine gesezliche ist dieses nicht, indem die Folge selbst von der bekannten auf die unbekannte Thatsache, s. Sz. 1349., hier nicht vom Gesez gezogen, sondern nur die Zeitbestimmung dabey aus ihm entlehnt ist. Würde hingegen diese Zinszahlung dreyßig Jahre und darüber gedauert haben, alsdann würde, bey übrigens günstigen Umständen, daraus zwar nicht eine gesezlich gebietende Vermuthung des Daseyns der Hauptschuld, weil persön-

Digitized by Google

liche Verbindlichkeiten zwar wohl verseſſen, aber nicht erſeſſen werden, aber doch eine geſezlich belehrende entſtehen. Dieſes iſt eine aus dem Sz. 1337. Abſ. 3. ſich dem Blick des Forſchers von ſelbſt darbietende Folgerung.

222.

HinterlegungsVerbindlichkeiten der Frauensperſonen.

Die Meynung bey Berger Oec. Jur. L. 3. T. 2. Th. 11., daß ein Frauenzimmer aus einem ohne Geſchlechtsbeyſtand eingegangenen HinterlegungsVertrag nur unvollſtändig verbindlich werde, die auch Schilter Ex. 28. §. 51. unterſtüzt, beſtreitet Carpzov Dec. 141., Wernher IX Obs. 175., und Hommel Promt. Jur. V. Depositum Ax. 2. nennt ſie eine ſonderbare Rechtsmeynung. Nach dem Badiſchen Landrecht gehört ſie nicht mehr in dieſe Klaſſe, ſondern iſt wohl gegründet. Denn daſſelbe macht das weibliche Geſchlecht unfähig, für ſich allein Rechtsgeſchäfte zu ſchließen, die auf das Vermögen eine unmittelbare Wirkung äußern, und nachtheilig ausfallen können, Sz. 515 a. Beede Eigenſchaften treffen den Hinterlegungsvertrag, man mag die Frauensperſon dabey als Hinterlegerin oder als Aufbewahrerin denken, im erſten Fall wegen der Gefahr des Verluſts der Sache, im andern Fall wegen der übernommenen BewahrungsSorgfalt. Deren derartige Verträge ſollen nichtig ſeyn, Sz. 515 i., das heißt mit andern Worten: den Frauensperſonen fehlt ſo lang ſie ohne Beyſtand handeln, die Rechtsmächtigkeit

Digitized by Google

dazu, Sz. 1124. Bey denen vertragsunfähigen oder nicht rechtsmächtigen Personen aber vernichtet der Sz. 1925. und 1926. den Hinterlegungsvertrag, und läßt nur aus der Thatsache der Hinterlegung kraft Gesezes gewisse Verbindlichkeiten, obwohl nicht alle jene entstehen, welche ein gültiger Hinterlegungsvertrag erzeugt, mithin ist eine Verbindlichkeit derselben aus einem solchen Vertrag allerdings einigermaaßen vorhanden, aber nur unvollständig. Ein Saz, der nach badischer Anwendung des französischen Rechts um so weniger zu bestreiten ist, weil die Verbindlichkeit auf dem bloßen Empfang, die man als Grund jener Behauptung vorschüzte, wegfällt, nachdem der Hinterlegungsvertrag wie jeder andere jezt nicht mehr Sachvertrag, sondern Willensvertrag ist, Erl. III. S. 676.

223.

Rettungspflicht des Aufbewahrers.

In dem Titel von Leihverträgen entscheidet der Code Napoleon, daß eine entliehene Sache mit Gefahr der Eigenen gerettet werden müsse, Saz 1882. Im Titel von Hinterlegungsverträgen wird dieser Fall eines Gegenstoßes der Pflichten nicht gedacht, es wird vielmehr gesagt, der Aufbewahrer sey schuldig, die Sache mit eben der Sorgfalt zu bewahren, wie die Seinige; daraus folgt noch jezt, daß derselbe in jenem Gegenstoß die fremde in der Rettung seiner eigenen vorzuziehen nicht schuldig sey, welches auch der Fall unter der Justinianeischen Gesezgebung war. Gleichwie aber dort Ausnahmen statt fanden, Stru-

Digitized by Google

ben III. S. 72., so fragt sich, wie es nun in jenen vier Fällen zu halten sey, wo nach Sz. 1928. der Aufbewahrer strenger zu richten ist. Klar ist der lezte derselben, wo nemlich nach Abs. 4. ausdrücklich bedungen ward, daß der Aufbewahrer für jede Art von Vernachlässigung haften soll, da folgt der Vorzug der fremden Sache im Gegenstoß von selbst daraus; wo nach Absaz 3. die Hinterlegung einzig zu dessen Vortheil geschah, da hat der Vertrag alle Eigenschaften einer Ausleihung an ihn, und der gleiche Vorzug ist ihm daher ungezweifelt Pflicht. Nur merke man auf das Wort: einzig. Ein Faustpfand ist auch eine zum Vortheil des Gläubigers hinterlegte Sache, aber sie dient ihm nicht einzig, sondern zugleich dem Schuldner, dem sie Borgvertrauen schafft, dieser ist daher mit einer gleich strengen Sorgfalt nicht zu belegen. Hier ist der Aufbewahrer im nemlichen Fall mit dem, der nach Abs. 2. Lohn für die Bewahrung bedungen hat, und der daher nach den Regeln des Bestandvertrags zu richten ist, welche die Besorgung der Sache als guter Hauswirth fordern: dieser aber wird vernünftigerweise kostbarere Sachen der minderkostbaren vorziehen, das ist also auch in diesen beeden Fällen des Aufbewahrers Pflicht. Das Nemliche gilt auch den Fall in Absaz 1., wo sich der Aufbewahrer angeboten hat, weil hier das Anerbieten eine Mitbetheiligung wirkt, indem sie macht, daß man zum Theil um seinetwillen ihn wählte.

Digitized by Google

224.

EigenthumsEntdeckung bey Genußverträgen.

Die Römer anerkannten den Saz: ein Genußvertrag, und unter ihnen namentlich Leihe, Bittleihe, Bestand und Hinterlegung, möge nicht bestehen, sobald die Sache desjenigen eigen sey, der den Genuß sich dadurch geben ließ, L. 45 ff. de Reg. Jur. Inzwischen sagten sie doch, der Beständer könne am Schluß des Bestandes die Zurückgabe der Innhabung nicht verweigern, sondern müsse diese erst bewirken und dann sein Eigenthumsrecht ausführen, L. 25. C. locat. cond. Unter den mancherley Vereinigungs-Versuchen für beede Geseze, war auch der, daß der erstere Saz auf den Fall zu beschränken sey, wo die Sache schon zur Zeit des geschlossenen Bestandes dem Bestandgeber eigen gewesen sey, Mevius II. Dec. 263. Das Napoleonische Gesezbuch hat keine allgemeine Regel gegeben, über alle GenußErwerbungen; aber in Bezug auf den Hinterlegungsvertrag sagt es: alle Pflichten des Aufbewahrers hören auf, wenn er beweislich entdeckt, daß die hinterlegte Sache ihm selbst zugehöre, Sz 1946. Aber eben deswegen, weil dieses Gesezbuch nicht in Form der Lehrgebäude allgemeine Säze vorausschickt über einzelne Gattungen von Verträgen, sondern bey den bestimmten Arten derselben seine Entscheidung niederlegt, und es diese Entscheidung in den Titel der Hinterlegung und Aufbewahrung eingerückt hat, so kann man sagen, in jedem andern Genußvertrag liege die Aufbewahrungspflicht, weil der Genuß den Gebrauch in sich

Digitized by Google

schließt, und dieser hinwiederum die Bewahrung, Sz. 1137., folglich müsse auch in jedem andern Genußvertrag, namentlich bey dem Bestand, jene Eigenschaft der Aufbewahrung, daß sie durch Entdeckung des Eigenthums des Bewahrers aufhört, in Anwendung kommen. Inzwischen so richtig der Schluß ist, so leidet er doch seine einschränkende Bestimmung. Nemlich der Titel von der Hinterlegung ist in drey verschiedene Kapitel eingetheilt; jenes von der Hinterlegung überhaupt — von der Hinterlegung zur zweyten Hand — und von der Hinterlegung zur dritten Hand — beede lezteren sind unter andern darinn unterschieden, daß die zur zweyten Hand bloß auf Fahrniß beschränkt ist, Sz. 1918., die zur dritten Hand aber auch auf Liegenschaften geht, Sz. 1959. Indem nun jene Verfügung über die Wirkung des entdeckten Eigenthums nicht in das allgemeine Kapitel, sondern nur in das von der zweyten Hand handelnde allein niedergelegt ist, so wird dadurch bestimmt erklärt, daß sie nur auf Fahrniß zu beziehen sey, mithin kann sie auch nur in Bezug auf sie auf andere Genußverträge übergetragen werden, also z. B. sie gilt von gemietheter Fahrniß, nicht aber von gemietheten Häusern. Der Grund dieser Einschränkung liegt tief im Geist unserer Gesezgebung. Indem sie bey Fahrniß den Grundsaz in der größten Allgemeinheit annahm: Hand muß Hand wahren, oder Besiz gilt für Rechtsurkunde, Sz. 2279., und daher keiner Zueignungsklage gegen einen dritten Besizer statt gab, Erl. IV. S. 347., war es für den Verlust jenes Zueignungsrecht ein etwelcher billiger Ersaz, zu verordnen, daß wenn von einem solchen dritten unrechtmäßigen Besizer der wahre Eigenthümer auf rechtmäßige Weise aber mit der Rückgabspflicht die

Sache in die Hand bekomme, die Rückgabspflicht für gefallen gelte, weil niemand von seinem Eigenthum den Genuß zu erkaufen brauche, und also der von dem andern über fremdes Eigenthum eingegangene Genußvertrag ungültig sey, und weil hier, wo der Besiz vom Eigenthum untrennbar ist, und von Hand zu Hand lezteres mit ersterem fortwandert, dem Empfänger nicht zugemuthet werden könne, das Seinige aus der Hand zu lassen. Alles dieses verhält sich aber bey Liegenschaften ganz anders: bey ihnen ist Besiz und Eigenthum vollkommen trennbar. Schließt jemand, welcher Eigenthümer aber unbekannterweise ist, mit einem Innhaber einen Genußvertrag, so ist es ein Zeichen, daß zu solcher Zeit Eigenthum und Besiz wirklich getrennt waren: der Beständer empfängt mit der Innhabung und dem Genuß nichts, was zu solcher Zeit *sein* war, wenn gleich die Zuständigkeit auf seiner Seite war, sondern um jene *sein* nennen zu können, würde er sie erst durch die Besizgewährungsklage von dem Bestandgeber, der sie hatte, haben erstreiten müssen. Hier ist also umgekehrt natürlich, daß die Entdeckung, wie die Sache *Eigenthum* des Beständers sey, an der Rückgabe, die bloß den trennbaren *Besiz* betrifft, und folglich durch die Entdeckung nicht betroffen ist, nichts ändere, wie dann hier eben deswegen für Liegenschaften die Besiz- und EigenthumsWirkungen nur gegen denjenigen anwendbar erklärt sind, mit dem man deswegen nicht in Vertragsverhältnissen steht, Sz. 544e. Auch galt dieses hier um so billiger, weil das Eigenthum der Liegenschaften durch öffentliche Bücher beurkundet wird, die jedem Betheiligten offen sind, Sz. 2196., folglich der, welcher eine Entdeckung seines Eigenthums nicht früher gemacht

Digitized by Google

hat, immer in einiger Schuld ist, die ihm nie dazu nuzen darf, daß er eine Innhabung, die er durch einen Vertrag vermittelst dieser verschuldeten Unbekanntschaft erhielt, ohne sie erst rechtlich zu erkämpfen, eigenmächtig an sich behalten, und damit den andern um den Vortheil seiner Besizgewähr bringe.

Zwey Bemerkungen müssen auch über die Worte jenes Gesezes noch nachgetragen werden, nemlich a.) der Innhaber muß entdecken, daß die Sache sein sey. Entdecken heißt eine unbekannte Thatsache zur Kenntniß bringen: mithin kann kein Hinterleger oder anderer Aufbewahrer diesen Saz sich zu nuz machen, der zur Zeit des geschlossenen Genußvertrags schon wußte, daß die Sache sein eigen war, vielleicht gar in der verhehlten Absicht, sie an sich zu bringen, den Vertrag schloß. Dergleichen Arglist kann und will das Gesez nicht begünstigen, vielmehr gilt ein solcher Vertrag alsdann dem Innhaber, von dem sie der Aufbewahrer empfieng, als Eigenthumsbekräftigung, weil derjenige, welcher bey Fahrniß den Besiz von einem Andern sich übertragen läßt, ihn für den Eigenthümer anerkennt, wovon er außer einem Irrthumsfall nicht abgehen kann; b.) der Aufbewahrer muß beweislich entdecken, (decouvrer et prouver), Bloße Muthmaßungen und Spuren reichen nicht hin, sich der Rückgabspflicht zu entschütten, sondern dienen nur nach Befinden der Umstände um Sicherstellung für den Aufklärungsfall zu verlangen. Nur der vollführte Beweis kann die Rückgabspflicht selbst erlöschen machen; vergl. Mevius III. Dec. 302.

Digitized by Google

225.

Aufkündung der Aufbewahrung.

Ob ein Aufbewahrer seine übernommene Aufbewahrung nach Belieben wieder aufkünden könne, ehe noch die Ursache der Hinterlegung aufgehört habe, ist eine Frage die vorhin schon Stryck de caut. contr. S. 2. C. 3. Nro. 12. mit manchen Unterscheidungen beantwortet. Noch jezt müssen diese ins Auge gefaßt werden. Eine Hinterlegung zur dritten Hand ist ausdrücklich für nicht nach Willkühr des Aufbewahrers auflöslich erklärt worden, und doch sind auch hier Ursachen, die der Richter für gerecht anerkennt, zugelassen, Sz. 1960. Hieraus schließt man mit Grund so viel: a.) wo die Niederlegung eine bestimmte Ursache hat, da gilt die Aufbewahrung für zugesagt, bis zu deren Beseitigung; jedoch b.) muß diese Verbindlichkeit da erlöslich seyn, wo ein Richter gerechte Ursachen findet. Beedes läßt sich ebenso auf Hinterlegungen zur zweyten Hand anwenden. Welches sind aber diese Ursachen? Ohne Zweifel solche, welche dem Aufbewahrer einen unvorgesehenen Nachtheil drohen. Denn da die Hinterlegung die Pflicht zur Entschädigung mitbringt, Sz. 1947., da jedermann berechtigt ist, lieber einen Schaden voraus abzuwenden, als erst hintennach zu sehen, wie er zu einer Entschädigung komme, Sz. 1386 a., und da endlich Verträge auch zu jenem nicht ausgedruckten verbinden, was nach Billigkeit daraus folgt, Sz. 1135., so muß hier eine solche unvorgesehene Aenderung der Umstände gleich einer solchen angesehen werden, deren ausdrücklich auflösende Kraft beygelegt wäre, vergl. Sz.

Digitized by Google

1234 a. Wo nun aber die Natur des Geschäfts keine Zeitdauer an Handen gibt, da kann man, weil die Hinterlegung nichts anders als eine Gattung eines Auftragsgeschäfts ist, Erl. III. S. 676., auch dem Aufbewahrer nicht wehren, eine unschädliche Aufkündung vorzunehmen, mithin den Sz. 2007. seiner Aufbewahrung anzubequemen.

226.

Erwachs-Versteigerungen auf dem Halm.

An vielen Orten pflegen diejenigen, die ihre Wiesen nicht selbst benuzen, die Abheuung derselben, und so auch nachmals die Aböhmdung, jede besonders, einige Zeit vor der der Erndte zu versteigern. Wem fällt hier die Gefahr von einer in der Zwischenzeit eingefallenen Ueberschwemmung zur Last, welche allen Gebrauch des Grases zu Heu unmöglich machte? Aeltere Ansichten sezten alles darauf aus, ob der Handel als ein Pacht oder als ein Kauf anzusehen sey, hielten dafür, daß er im Zweifel für einen Kauf gelten müsse, und daß alsdann die Gefahr des Käufers sey, mithin keinen Nachlaß an dem Steigerungspreis wirke, Struben V. S. 98. Auch nach unserem Recht würde man den Handel für einen Kauf halten müssen, weil zum Bestand von der einen Seite a.) Innhabung der Sache, sodann b.) Genuß für gewisse Zeit, von der Andern c.) ein bestimmter Zins, d. h. ein nach Genußzielern abgemessener Preis erfordert wird, Sz. 1709., hier aber zu a.) gar keine Innhabung der Wiesen, zu b.) nur ein vorübergehender Genuß im Mähen und Trocknen bestehend, und zu c.) kein Zins, sondern ein

Steigerungs- oder Kaufschilling gegeben wird. Auch nach unserem Recht würde man ferner den Verlust aus obigem Zufall dem Steigerer zuschreiben müssen, aber nicht deswegen, weil er schon vor der Abmähung Eigenthümer der Früchte geworden wäre, welches wirklich nicht der Fall ist, Erl. III. S. 604., sondern deswegen, weil nicht die Früchte, sondern die Hoffnung derselben, oder das Recht, zu erndten was da ist, als der Kaufgegenstand anzusehen ist, Erl. III. S. 501. Ebendeswegen aber würde auch, wenn aus den Verhandlungen oder aus dem Ortsbrauch erschiene, daß nicht die Hoffnung, sondern der wirkliche Genuß alleiu Vertragsgegenstand sey, dessen auf obige Art erfolgter Untergang dem Eigenthümer des Bodens zur Last kommen.

227.

Richterliche Berechnung der Lebenswahrscheinlichkeiten.

Nichts von Wahrscheinlichkeiten hat mehr die Gesezgebung beschäftigt, als jene über die Verhältnisse des Menschenlebens. Das römische Recht fieng solche schon vor der Geburt an, indem es eigene Wahrscheinlichkeiten aufstellte, wie viel eine schwangere Frau Kinder zur Welt bringen werde, und dabey drey als die wahrscheinlich höchste Zahl annahm, denen es Erbtheile fürsorglich anzuweisen befahl. Diese fällt jezt weg, Erl. V. §. 684. Eine Andere äußert sich bey der Frage: über die längere Lebensdauer derer, die in einer gleichen Gefahr umgekommen sind: darüber hat das Napoleonische Recht seine bestimmte Verordnungen, Erl. II.

S. 21 —

S. 21—26. Oft auch z. B. bey Schäzung einer Nuznießung, (St. 28.), bey Schäzung der VerpfründungsVortheile, kommt es auf Schäzung der noch übrigen Lebenszeit eines Menschen an. Auch hiefür hatte das römische Recht eine Regel aufgestellt, Erl. III. S. 697. Wildere Sitten, heißeres Klima, und vorzüglich Mangel an Einrichtungen, woraus die Lebens- und TodesVerhältnisse sicher beurtheilt werden konnten, stimmten jedoch jene gesezliche Angaben merklich unter jenes mittlere Verhältniß herunter, welches bey uns anzunehmen ist. Eben darum aber, weil dieses nach Ort und Zeit verschieden seyn kann, hat es Napoleons Gesezbuch den politischen Rechnungen überlassen. Ueber diese hat nicht jeder die Bücher bey der Hand, deshalb fügt man die für Deutschland übliche hier bey; die erste Reihe zeigt das Alter dessen an, nach dessen Lebensdauer man fragt, die zweyte Zahlenreihe seine wahrscheinlich noch übrige Lebensjahre; bey kränkelnden Personen ist es nachmals nach Sz. 1983 a. des Richters Pflicht, diese allgemeine Wahrscheinlichkeit nach vernommener ärztlichen Ansicht und einlaufenden Umständen zu mindern.

Tafel der Lebenswahrscheinlichkeit

aus Süßmilchs göttlicher Ordnung in den Veränderungen des menschlichen Geschlechts Th. II. K. 22. § 474.

0	19	17	40	33	28	49	18	65	9	81	5
1	42	18	39	34	27½	50	17	66	9	82	5
2	46	19	38	35	27	51	17	67	8	83	5
3	47	20	38	36	26	52	16	68	8	84	4
4	48	21	37	37	25½	53	16	69	8	85	4
5	47	22	36	38	25	54	15	70	8	86	4
6	47	23	35	39	24½	55	15	71	7	87	4
7	47	24	35	40	24	56	14	72	7	88	4
8	46	25	34	41	23½	57	14	73	7	89	3
9	46	26	33	42	23	58	13	74	6	90	3
10	45	27	32	43	22	59	12	75	6	91	3
11	44	28	32	44	21	60	12	76	6	92	3
12	44	29	31	45	20	61	11	77	5	93	2
13	43	30	30	46	19½	62	11	78	5	94	2
14	42	31	29½	47	19	63	10	79	5	95	1
15	42	32	29	48	18½	64	10	80	5	96	0
16	41										

228.

Ersaz der Reisekosten des Gläubigers.

Der Zahlungsort einer Schuld ist, wenn nichts anders bedungen, oder für einzelne Zahlungsverhältnisse vom Gesez bestimmt ist, im Wohnsiz des Schuldners, Sz. 1247. Daraus folgt, daß der Gläubiger, der sich anderwärts aufhält, an jenen Zahlungsort kommen müsse, um die Zahlung in Empfang zu nehmen, wenn er sie nicht durch einen ortssässigen Gewalthaber empfangen kann und will. Dabey aber sagt Sz. 1248.: die mit der Zahlung verbundene Kosten fallen auf den Schuldner, und daraus ist abzuleiten, daß, sobald die Reisekosten des Gläubigers zu denen mit der Zahlung verbundenen Kosten gehören würden, der Schuldner sie tragen müsse. Wie sieht es aber nun mit dieser Unterstellung aus? Einseitig kann nicht gezahlt werden, es gehört dazu eine wirkliche oder stellvertretende Empfangnahme; diese Betrachtung stellt die Reise und ihre Kosten als etwas mit der Zahlung verbundenes dar. Allein der Sz. 1608. erklärt uns den Willen des Gesezgebers, indem er sagt: die Kosten der Uebergabe trägt der Verkäufer (oder Zähler) jene des Wegbringens der Käufer (oder Empfänger) wenn nicht das Gegentheil bedungen ist. Es soll diesemnach bey einer Zahlung — denn Uebergabe der Kaufsache ist nichts anders als Zahlung der Verkaufsverbindlichkeit, Sz. 1603. vergl. mit 1234. — die Uebergabe und die Empfangnahme unterschieden werden, was von den Kosten der ersten gilt, soll auf die lezte nicht angewendet werden. Unter die Kosten der Zahlung, die dem Schuldner obliegen, sind demnach nur

jene zu ziehen, welche die Uebergabe an dem bestimmten Ort nothwendig macht, keineswegs jene, welche die Empfangnahme des Gläubigers veranlaßt, welches auch ganz billig ist. Denn ist dieser schuldig, im Wohnsiz des Schuldners zu empfangen, so liegt ihm auch ob, wenn er da nicht wohnt, diejenige Mittel anzuwenden, welche nöthig sind, seine gesezliche Schuldigkeit zu erfüllen.

229.

Geldwerth bey AuslagenErsaz.

Wir fanden bisher in mehreren Stücken (St. 69. 181. 215—217.) keine Ausnahme von der Regel der Zahlung nach dem Nennwerth, die der Saz 1895. aufstellt, ja selbst die Behandlung der Verzugszahlungen (St. 92.) zeigte uns keine solche, sondern nur eine außer dem Nennwerth in manchen Fällen eintretende Nebenforderung. Die einzige wahre Ausnahme, die, obwohl im Gesez nicht erwähnt, dennoch in der Gesezgebung gegründet ist, zeigt sich bey dem AuslagenErsaz, den ein Gewaltgeber oder Geschäftsherr seinem Gewalthaber oder Geschäftsführer thun muß: dieser ist nicht schuldig, wenn eine Münzveränderung zwischen seine Auslage und ihrem Ersaz eingetreten ist, sich mit einem gleichen Nennwerth bey gemindertem Gehalt begnügen zu lassen. Denn der Gewaltgeber ist schuldig, nicht nur alle Auslagen, auch wenn er selbst mit minderem Aufwand das Geschäft hätte verrichten können, dem Gewalthaber zu ersezen, Sz. 1999., sondern ihm auch allen Verlust zu vergüten, den er bey dem Geschäft ohne Anlaß eigener Unvor-

Digitized by Google

sichtigkeit erleidet, Sz. 2000. Zu dem Nemlichen ist der Geschäftsherr verbunden, Sz. 1372., 1375. Nun ist aber unläugbar, der Geschäftsführer oder Gewalthaber, der sein für den Andern ausgelegtes gutes Geld nicht mehr hat, sobald man ihn anhalten wollte, mit dem Ersaz in schlechterem Geld nach dem Nennwerth vorlieb zu nehmen, würde durch die Geschäftsführung ohne eigene Unvorsichtigkeit in Schaden versezt, diesen muß ihm der Geschäftsherr ersezen, dieser Ersaz besteht nun aber gerade in dem Unterschied des Gehalts des ausgegebenen zum wiederzuerlangenden Geld; nach der Regel, daß derjenige den Andern nicht entwähren darf, der ihm gewährpflichtig ist, Sz. 1640a., kann ihm also dieser keine Zahlung nach dem Nennwerth aufdringen. Das Gleiche ist zu sagen vom Bürgen, der seine Bürgschafts-Auslagen wieder fordert, er hat dabey auch für allen Schaden, in welchen er unverschuldet kommt, eine Entschädigungsforderung, Sz. 2028., und ist deswegen auch bey Verzugs-Entschädigungen von der Beschränkung an die gesezliche Zinsen losgesprochen, Sz. 1153.

230.

Einrede der Vorausklage bey vererbten Schulden.

Da man mehrere Erben eines Schuldners nur theilweise für die Schuld ihres Erblassers belangen kann, Sz. 1220., diese getheilte Ausklagung aber eine Beschwerlichkeit für den Gläubiger ist, L. 5. §. 7 ff. jud. solvi.; so leitete man daraus ab, es stehe die Einrede der Vorausklage dem Bür-

gen nicht zu, sobald diese Klage gegen mehrere Erben würde gerichtet werden müssen, wie überhaupt nicht, so oft sie den Gläubiger in große Weitläuftigkeiten verwickle. Leyser DXXV. Med. 5. Das Napoleonische Gesez hat diesen auf große Willkühr führenden Saz nicht angenommen, dagegen hat es andere billige Schranken gesezt, die allzugroßen Weitläuftigkeiten begegnen, nemlich der Bürge muß zugriffsfähige Güter in einerley Obergericht des Zahlungsorts gelegen vorschlagen, Sz. 2023. Wo er dieses bey mehreren Erben nicht kann, da fällt die Einrede der Vorausklage weg: wo er dieses vermag, da bleibt sie, da muß dann freylich der Gläubiger sich gefallen lassen, jenen unter einem Obergericht gesessenen Erben einzeln nachgehen, doch nimmt allemahl in dem höheren Rechtszug die Theilung ein Ende, und den Nachtheil, welchen er in dem ersten Rechtszug durch Theilung seiner Klage dultete, leidet er nicht unverschuldet, da das Gesez jedem Gläubiger das Recht gegeben hat, bey Erbtheilungen hinzuzutreten, um seine Betheiligung zu wahren, Sz. 882., und zu sorgen, daß vor Fertigung der Loose seine Forderung berichtigt werde, Sz. 872., in welchem Fall er nie der Lage ausgesezt ist, seine Klage theilen zu müssen.

231.

Nach dem Tod zu erfüllende Aufträge.

Wenn jemand einem Andern einen Auftrag gab, etwas nach seinem Tod zu verrichten, so waren einige römische Gesezе für die Zulässigkeit, andere dagegen, und über deren

Vereinigungsart blieben die Meynungen getheilt, Cocceji J. C. L. XVII. T. I. Q. 17. In unserer RechtsVerfassung müssen wir vorderſamſt die Art des Auftrags nach ihren verſchiedenen möglichen Bestimmbarkeiten auseinander sezen. Wenn a.) in Gefolg einer Schenkung unter Lebendigen oder von Todeswegen dem Beschenkten auferlegt ist, etwas zu thun, alsdann ist kein Zweifel, daß diese nur uneigentlich unter den Namen: Auftrag, zu unterlegende Handlung geschehen müsse, wenn nicht der Beschenkte des Geschenks verlustig werden, und damit auch der Last sich entladen will, vergl. Erl. II. S. 381. Ward b.) in Gefolg eines Umsazvertrags etwas dergleichen bedungen, z. B. jemand verkauft sein Haus mit dem Beding, daß der Käufer einst seiner Wittwe lebenslang 50 fl. reichen solle, so ist dieses als ein zu Gunsten eines Dritten in einem eignen Vertrag gemachter Vorbehalt, sobald ihn dieser sich eigen zu machen erklärt hat, gültig, kann aber ebenfalls nur uneigentlich ein Auftrag genannt werden. Ferner c.) wo jemand in einem lezten Willen die Anweisung erhält, etwas zu thun nach des Erblassers Tod, so ist dieses Geschäftsvermächtniß unzweifelhaft gültig, sofern es der Beauftragte übernimmt, Sz. 1025., aber auch das heißt in unserem Recht nicht ein Auftrag, sondern eine Ernennung zum Treuhänder, als welches Amt nicht nothwendig die Vollziehung aller Stücke des lezten Willens betrifft, sondern ebensowohl auf jedes einzelne Geschäft statt findet. Wo aber d.) jemand mit einem Andern verabredete, daß dieser nach seinem Tode etwas verrichten soll, da könnte gar keine bürgerliche Verbindlichkeit daraus entstehen. Denn als Auftrag betrachtet, wie es allein angesehen werden könnte, wäre es ein solcher der auf

Digitized by Google

einen Fall geschieht, wo die Verbindlichkeit des Auftrags erloschen ist, nach Sz. 2003. Abs. 3., also eine unkräftige Handlung, zumahl sie auch, weil erst gegen den Erben ihre Verbindlichkeit anfangen soll, unter die verbotene Verträge über zukünftige Verlassenschaften gehört, Sz. 1130.

232.

Strafverbindlichkeit des Bürgen.

Aus dem Grundsaz, daß ein Bürge nicht bloß für die Hauptschuld, sondern auch für alle ihre Zugehörden haften müsse, der auch in das Napoleonische Recht übergegangen ist, Sz. 2016., schloß man, daß ein Dienstbürge für die Geldstrafen haften müsse, in die ein Diener gegen die Obrigkeit durch schlechte Dienstverrichtung falle, Leyser DXXIV. Med. 5. Wäre der Schluß richtig gewesen, so müßte er auch noch in jeziger Rechtsverfassung gelten. Aber er ist nur halbwahr. Wenn nemlich von bedungenen Strafen die Rede ist, welche von Dienstherrschaftswegen, nicht von Obrigkeitswegen bezogen werden, dann ist er ganz richtig, diese sind Stellvertreter der Entschädigung, Sz. 1229., also Ausfluß und Anhang der Hauptverbindlichkeit, für welche der Bürge eintritt. Aber ganz ein Anderes ist es um obrigkeitliche Strafen, also um solche, wozu nicht ein Vertragsgeding, sondern ein Staatsgesez die Quelle war. Liegt auch zufällig die Dienstherrschaft, welche die Erfüllung der Dienstverbindlichkeit fordert, und die Obrigkeit, welche über die Nichterfüllung zu richten hat, in einer Hand, so sind darum beede nicht eine und dieselbe Person, als Dienst-

Digitized by Google

herr und als Richter, die Verbindlichkeitsquelle ist nicht die Nemliche, denn die verbürgte Dienstverbindlichkeit ist eine bürgerrechtliche, hingegen die Strafverbindlichkeit geht aus dem öffentlichen Recht aus, von welchem das obrigkeitliche Strafrecht einen Theil ausmacht, die Rechtsursache ist auch nicht die gleiche, das einemahl ist sie Uebertretung von Vertragsverbindlichkeiten, das anderemahl ist sie Uebertretung von Staatspflichten; endlich der Gläubiger ist nicht der Nemliche, dort ist es die dienstherrliche Kasse, hier ist es die obrigkeitliche Strafkasse. In keiner Hinsicht kann man also eine durch Dienstvergehen verwirkte Strafe zu einer Nebensache der verbürgten Entschädigung einer üblen Dienstführung machen.

233.

Sicherheitsverträge bey natürlichen Verbindlichkeiten.

Nach Justinianeischem Recht erzeugten natürliche Verbindlichkeiten kein Klagerecht, wohl aber eine Einrede gegen An- und Rückforderungen, Cocceji J. C. L. II. T. XIV. Q. 39.; dieses ist auch noch jezt ebenso nach Napoleonischem Recht, Erl. I. S. 64. In jener Rechtsverfassung ward die weitere Lehre daran geknüpft, daß natürliche Verbindlichkeiten hinreichten, damit die Sicherheitsverträge sowohl durch Bürgen, Lauterbach Coll. Th. pr. L. XLVI. T. 1. §. 19. als durch Pfänder, Cocceji J. C. L. XX. T. 1. Q. 3., gültig seyen. Diese Folgerung in dieser Allgemeinheit ist dem Napoleonischen Recht nicht angemessen. Für Bürg-

Digitized by Google

schaften ist die Regel: sie bestehen nur, wenn sie für eine gültige Schuld übernommen sind. Eine Schuld ist nichts anders, als eine Verbindlichkeit, sofern sie als Sache betrachtet wird; jede Verbindlichkeit muß außer dem Erforderniß der freyen Einwilligung alle übrige wesentliche Erfordernisse der Verträge haben, weil diese nichts anders sind, als eine verabredete Verbindlichkeit, Sz. 1101.: jede Schuld sezt daher zu ihrer Gültigkeit voraus — Verbindlichkeits-Empfänglichkeit der Person — VerbindlichkeitsEmpfänglichkeit der Sache — Zulässigkeit der Rechtsursache, Sz. 1108. Wo eines von diesen drey Stücken in einem Fall bürgerlich ermangelt, da ist die Schuld ungültig, wenn gleich das mangelnde Stück nach natürlichen Rechtsansichten etwa noch vorhanden wäre, und mithin besteht das Daseyn einer natürlichen Verbindlichkeit mit der bürgerlichen Ungültigkeit der Schuld ganz wohl. Mit jener Regel, welche Gültigkeit der Hauptschuld fordert, ist daher zugleich die Ungültigkeit einer Verbürgung für bloß natürliche Schulden ausgesprochen. Eine Ausnahme hängt der nemliche Saz an: „dem „Rechtsbestand der Bürgschaft schadet das nicht, daß die „verbürgte Schuld durch eine dem Schuldner bloß persönlich zustehende Einrede vernichtet werden kann, z. B. durch „Minderjährigkeit." Hiermit sind vorerst von den Schranken der Ausnahme ausgewiesen, und bey der Regel der Ungültigkeit belassen, a.) alle jene Verbindlichkeiten, welche wegen bürgerlichem Mangel der Vertragssache, oder b) der Vertragsursache, bloß natürlich sind: hier kann niemals die daraus hervorgehende Einrede bloß persönlich seyn, da das Erforderniß nicht aus Rücksichten auf die Person entspringt: aber c.) auch da, wo der bürgerliche Mangel die

Vertragsfähigkeit der Person zum Gegenstand hat, kommt es noch darauf an, ob die bürgerliche Gewähr einer natürlichen Verbindlichkeit entzogen sey in Rücksicht auf das Beste der Person, von deren Fähigkeit die Rede ist, oder in Hinsicht auf das Wohl Anderer, im lezten Fall ist abermals der Mangel kein Grund einer bloß persönlichen Einrede, z. B. bey dem Staatsdiener dem gewisse Arten der Verträge untersagt sind, Sz. 1596. Nur d.) im ersteren Fall, wo allein das Beste jener Person, von deren Vertragsfähigkeit die Rede ist, Grund ward, eine Vertragsunfähigkeit bürgerlich festzusezen, z. B. bey Minderjährigen, bey ledigen Frauenspersonen, da ist die natürliche Schuld eine solche, wobey die Einrede der bürgerlichen Ungültigkeit bloß persönlich ist. Von dieser Art der natürlichen Verbindlichkeiten gilt daher allein der Saz: daß Bürgschaft für eine bloß natürliche Schuld zu Recht bestehe. Schon bey einer Ehefrau die ohne ihren Ehemann handelt in Fällen, wo das Gesez dessen Ermächtigung fordert, hört die daraus entspringende Einrede auf, bloß persönlich zu seyn, und hier würde also auch eine dafür geleistete Bürgschaft nicht gelten, wenn sie nicht etwa dafür geleistet wäre, daß der Mann die Ermächtigung gebe, folglich sie als Gutsprechung gültig wäre, Sz. 1120., oder ihre Umstoßung auf eine Gefährde hinausliefe, welche niemals begünstigt werden darf, Sz. 1117 a.

Für Pfandverträge ist vorderſamst der Fall, wo ein Dritter das Pfand gibt, oder die Pfandbürgschaft — die sich ganz nach den Regeln der Bürgschaft richtet, weil sie eine auf den Werth des Pfands beschränkte Bürgschaft ist, Erl. IV. S. 91. — durch das vorhin Gesagte zugleich mitbe-

Digitized by Google

leuchtet. Für eigentliche Verpfändungen aber lehrt die Natur der Sache, daß eine persönliche Einrede des Schuldners, die allemahl aus dem Mangel der bürgerlichen Vertragsfähigkeit ausgeht, den Nebenvertrag der Verpfändung so gut als den Hauptvertrag der Schuld ergreifen müsse, daß mithin die einzige Ausnahme, welche der Regel, daß Bürgschaft gültige Schulden fordere, beygesellt ist, hier gerade nicht anschlage, und daß die Regel ohne Ausnahme auf die Pfandverträge angewendet werden müsse, wenn sie anders überall dabey Anwendung leidet. Diese muß sie aber leiden, vermög der Lehre, daß die Nebenverbindlichkeit dem Schicksal der Hauptverbindlichkeit folgt, sobald die Pfandgesezе nicht ausdrücklich ein anderes verordnen, und dieses thun sie nicht. Vielmehr bestätigen sie mittelbar die uneingeschränkte Anwendung jener Regel. Der Faustpfandvertrag soll ein Recht geben, seine Schuld aus dem Pfand zu fordern, Sz. 2073., folglich wird eine solche Schuld vorausgesezt, welche gefordert werden kann, das heißt, welche bürgerlich verbindlich ist, Sz. 69. Das Nuzpfandrecht sezt verzinsliche Schulden voraus, welches ebenfalls keine bloß natürliche Verbindlichkeiten seyn können. Das Unterpfandrecht endlich ist erloschen, wo die Hauptschuld erloschen ist, Sz. 2180. Abs. 1., unter welche Erlöschung das Gesez auch eine Umstoßung wegen Ungültigkeit einbegreift, Sz. 1234.

Digitized by Google

234.

Wirkung der BürgschaftsZusagen.

Vorhin hielt man die Bürgschaftszusagen entweder als unbekleidete Verträge, (pacta nuda) für ganz ungültig, oder doch wenigstens nur für wirksam um Entschädigung für die Auffindung eines andern Bürgen daraus zu fordern, nicht aber um BürgschaftsVerbindlichkeiten darauf zu gründen, Carpzov II. Const. 18. Def. 1., und zwar darum, weil a.) Bürgschaften nur durch die Stipulationsform zu Stand kämen; b.) weil die Zusage einer Leistung niemals einem Zwang unterliege, sondern lediglich in Entschädigungspflicht sich auflöse; c.) weil unmöglich etwas, das zu thun zugesagt worden, für etwas möge angesehen werden, was nach der Absicht der Vertragspersonen für schon geschehen gelten könne; d.) weil auch eine Verkaufszusage kein wirklicher Verkauf sey; endlich e.) weil, wenn man es auch als ein Mittel ansehen wolle, wodurch der Gläubiger zu einem Borgvertrauen verleitet worden, doch dergleichen für sich allein den Empfehlenden nicht verbindlich mache. Allein zu a.) die Stipulationsform, die schon längst außer Uebung war, ist dem Code Napoleon unbekannt, Erl. V. §. 981.; zu b.) das Versprechen Bürgschaft zu leisten, kann zwar noch heutiges Tages nicht zu der Handlung einer förmlichen BürgschaftsAussprechung unbedingt verbindlich machen, Sz. 1142.; allein davon ist hier die Frage nicht, sondern davon, ob ein solches Versprechen nicht schon ohne eine solche Aussprechung eine Bürgschaft, also eine Verbindlichkeit zu geben sey, welche einem unbedingten Zwang

Digitized by Google

unterliegen, oder wenigstens im Nichterfüllungsfall dafür erklärt werden können, und dieses muß man nach dem allgemeinen Geist unserer Gesezgebung bejahen, Sz. 1340 a.; zu c.) ist ein Unterschied, ob etwas das nach einer Zusage künftig zu thun ist, nur Sicherheit und Erweislichkeit einer Verbindlichkeit, oder ob es Bestand und Wesen derselben betreffe; wo ersteres der Fall ist, da bestehet die Absicht gleich verbindlich zu seyn, gar wohl mit dem Vorhaben künftig über diese Verbindlichkeit einen förmlichen Vertrag zu machen, und bewirkt also alsdann die Klage auf Erfüllung des Zugesagten, und auf Geschehenlassen dessen, was zu seiner Sicherheit oder Erweislichkeit weiter nöthig ist, Sz. 1340 b.; weswegen auch zu d.) die Kaufzusage, welche Werth und Preis bestimmt enthält, für gleichgeltend mit einem Kauf im Code Napoleon erklärt ist, Sz. 1589.; so wie auch zu e.) eine Empfehlung zu einem bestimmten Rechtsgeschäft der Anleihe, sobald sie mit der eine Versicherung der Unnachtheiligkeit enthaltenden Bürgschaftszusage verbunden wäre, eine bürgerlich klagbare Verbindlichkeit nach dem badischen Landrecht erzeugen würde, Sz. 1381 aa. Fallen nun gleich alle jene Gründe weg, welche vorhin den Saz stüzten, Bürgschaftszusage sey nicht Bürgschaft, so ist jedoch damit allein die gegenüberstehende Wahrheit noch nicht festgestellt, sondern vermög der oben entwickelten Herleitung der Gegengründe kommt alles darauf an, wiefern schon alle wesentliche Erfordernisse der Bürgschaft in der Zusage liegen, und daher die weitere Ausfertigung nur als zur Sicherheit und Erweislichkeit dienend anzusehen sey. Jene Erfordernisse sind a.) Einverständniß zwischen dem Gläubiger und Bürgen, b.) eine gewisse Schuld, und c.) die Verpflichtung im

Fall der Nichtzahlung des Schuldners den Gläubiger zu zahlen, Sz. 2011.: ein Einverständniß des Schuldners ist dazu nicht nöthig, Sz. 1014. Sobald eine Bürgschaftszusage dem Gläubiger für eine in ihren Erfordernissen schon berichtigte, mithin einen hinlänglich bestimmten Gegenstand darstellende Schuld geschehen ist, dann sind jene Erfordernisse vorhanden, und die Zusage ist alsdann Bürgschaft; ist sie aber an den Schuldner geschehen, dann fehlt das nothwendige Einverständniß mit dem Gläubiger, und die Zusage ist nicht Bürgschaft, obwohl sie nach Beschaffenheit der Umstände als Empfehlung eine bürgschaftähnliche Verbindlichkeit hervorbringen kann.

235.

Einfluß der StundungsVerträge auf Bürgschaften.

Nach römischem Recht kommt die Frist, welche ein Gläubiger seinem Schuldner verwilligt auch dem Bürgen zu gut, wenn sie nicht, wie das häufig der Fall ist, die Bürgschaft ganz erlöschen macht, Erl. IV. S. 48.: ebendaher konnte auch derjenige Gläubiger, der in einen StundungsVertrag eingewilligt hat, den Bürgen während der Stundung nicht belangen, obwohl dieses demjenigen, der abwesend war, oder der den Verhandlungen anwohnte und widersprach, erlaubt war, L. 58. §. 1 ff. mandati. Das Napoleonische Recht nimmt im Saz 2039. an, daß die Bürgschaft dadurch nie erlösche, daß aber jene Frist, welche der Gläubiger dem Schuldner gibt, dem Bürgen nicht mitgegeben sey, weil der-

Digitized by Google

gleichen RechtsEntsagungen auf das Engste auszulegen sind, es läßt dagegen auch dem belangten Bürgen frey in jener Frist den verbürgten Schuldner zu belangen, weil jene Fristbewilligung in Bezug auf ihn ein Vertrag zwischen Andern ist, der einem Dritten keinen Nachtheil bringen kann, Sz. 1165. Mit Grund fragt man hier, ob und welchen Unterschied jene Abweichung beeder Gesezbücher in Bezug auf Stundungsverträge hervorbringe? In der alten Rechtsverfassung galten an manchen Orten die mit Bürgen gedeckte Forderungen gleich jenen, die mit Pfändern gedeckt sind, für ausgenommen von Stundungsverträgen, Cannengieser XI. Dec. 287. Diese Ausnahme kommt aber jezt nur den Pfandgläubigern zu gut, A.Sz. 221.: bey bürgschaftlichen muß man daher auf die Natur der Sache sehen. A.) Bey dem in die Frist einwilligenden Gläubiger mag man denken, müsse es für ausgemacht angenommen werden, daß ihm das Klagerecht wider den Bürgen ungesperrt bleibe, weil es durch Fristgestattung niemals gehindert wird, woraus dann nachmals von selbst folgen würde, daß sowohl B.) der abwesende als C.) der anwesende und widersprechende Gläubiger noch weniger gehindert seyn könnten, sich des Klagerechts wider den Bürgen zu bedienen. Allein es ist bey allem dem zu A.) ein großer Unterschied zwischen dem einzelnen Gläubiger, der seinem Schuldner Frist gibt, und zwischen jenen vielen, die in einen Stundungsvertrag einwilligen. Der Erstere thut nichts, als daß er von dem Gebrauch eines eigenen Rechts gegen den Schuldner absteht, darinn allerdings noch kein Nöthigungsgrund liegt, gegen einen Dritten, den Bürgen nemlich, auch davon abzustehen;

aber derjenige, der in einen Stundungsvertrag willigt, thut mehr, er entsagt nicht nur für eine Zeitlang dem Gebrauch seines Rechts, sondern er wirkt auch mit, daß Andere, nemlich der Mindertheil der Gläubiger, ihm entsagen, oder als entsagend gelten müssen. Nun sezt unser Gesezbuch im Sz. 2039., als wesentliches Seitenstück zur Gestattung der Klage des fristverwilligenden Gläubigers gegen den Bürgen, die unaufgehaltene Rückklage des Bürgen gegen den Schuldner voraus. Leztere aber fällt da hinweg, wo ein Stundungsvertrag zu Stand gekommen ist, und es würde folglich eben so gesezwidrig als billigkeitswidrig seyn, dem einwilligenden Gläubiger unter solchen Umständen während der Stundung eine Klage gegen den Bürgen zu gestatten. Auch würde solches noch besonders gegen den Sz. 2037. anstoßen, welcher sagt, der Bürge ist seiner ganzen Verbindlichkeit entledigt, sobald der Gläubiger unmöglich macht, daß in seine Rechte, Pfänder und Vorzüge der Bürge eintreten könne, vergl. Sz. 1287. 1299. Hier kann aber offenbar in seine, d. i. in die verbürgte Rechte, wozu auch die Klagbarkeit zur Verfallzeit gehört, der Bürge nicht mehr ganz eintreten, dessen Gläubiger Stundung verwilligt, also die Verfallzeit verlängert hat. Dieser hat ja zur Zeit der Zahlung des Bürgen und des damit nach Sz. 1251. 2029. verbundenen Eintritts desselben in die Rechte des Gläubigers, keine Befugniß mehr, während der Stundung wider den Schuldner zu klagen, kann folglich auch den Bürgen in keine solche eintreten lassen, was doch nöthig wäre, damit der Sz. 2035. Anwendung finden könne. Will man auch hieraus jezt so wenig als zu Justinians

Zeiten

Digitized by Google

Zeiten ein gänzliches Erlöschen der Bürgschaft schließen, welches wohl darum nicht angeht, weil nicht der Gläubiger allein durch seine Einwilligung es unmöglich macht, den Schuldner in einer gewissen Zeit zu belangen, sondern hier der Mehrtheil der Gläubiger, das Gesez, das diese ermächtigt gegen die Regel über etwas, wo sonst Einmüthigkeit dazu gehört, zu schließen, und der Richter, der durch seine Bestätigung den Fall auf das Gesez anwendbar erklärt, zusammenwirken, damit der Bürge in die Rechte der unaufgehaltenen Klagbarkeit nicht eintreten kann, mithin jenes ErlöschungsGesez des Sz. 2037. im Ganzen nicht anschlägt; so muß man doch zugeben, daß indem der Gläubiger dazu mitwirkte, jezt noch wie ehemals dieses die Folge haben müsse, daß so lang er kein klagbares Recht abtreten kann, das heißt, so lang die Stundung dauert, er auch den Bürgen nicht belangen könne, weil er dadurch dem Bürgen die sonst im Sz. 2039. liegende Befugniß des gleichbaldigen Rückgriffs auf den Schuldner durch seine That benommen hat, also ihn dafür entschädigen muß, Sz. 1382., welche Entschädigung durch das Zuwarten mit dem Angriff des Bürgen bis zu frey gewordenem Rückgriff allein geschehen kann.

Wenn zu B.) der Gläubiger abwesend war, so ist — anders als wie in Rom — jezt das Nemliche wie von Anwesenden und Einwilligenden zu sagen, wenn (wie es nach jezigen Rechtsvorschriften geschieht) die Gläubiger unter dem Bedrohen des Einverständnisses mit dem größeren Theil der gegenwärtigen Gläubiger vorgeladen werden. Indem hier der Ausbleibende für einwilligend gezählt wird, so muß auch das von ihm gelten, was einen solchen obgesagter-

maaßen trifft. Nur versteht sich von selbst, daß derjenige für ausbleibend nicht gelten könne, der seinen Bürgen zur Zahlung, oder zur Wahrung der Betheiligung der Schuld bey dem Gemeinschuldner aufgefordert oder bevollmächtigt hat. Dieser ist ebenso anzusehen, als derjenige, der erschienen wäre, und in Bezug auf seinen Bürgen dem Stundungsvertrag widersprochen hätte. Diesen Einsprachsgrund hätte der Richter bey Bestätigung des Stundungsvertrags achten müssen, hätte seinethalben den Vertrag nur unbeschadet der Rechtsverhältnisse Dritter, das heißt, unbeschadet des einstweiligen Angriffs des Bürgen bestätigen dürfen; der Bürge, der inzwischen angegriffen wird, kann unterdessen den Einwand des StundungsVertrags als einen bey dieser Bewendsame aus des Hauptschuldners persönlichen Verhältnissen ausgehende Einrede nicht vorschützen; und er trägt darinn, daß er früher zahlen muß, als er seinen Rückgriff nehmen kann, nichts als Folgen seiner eigenen That, da er die Gefahr der Schuld durch Bürgschaft auf sich nahm. Indem er versprach zu zahlen, wenn der Schuldner zur Verfallzeit nicht zahlt, Sz. 2011., kann er sich über jenen Nachtheil nicht beschweren, sobald er außer der Verschuldung des Gläubigers liegt, da er ja vermöge des nemlichen Versprechens den Verlust der ganzen Forderung übertragen muß, wo es die Umstände erheischen.

Digitized by Google

236.

Einfluß der eisernen Briefe auf Bürgschaften.

Man pflegt eiserne Briefe für ein Mittel anzusehen, wodurch der Staatsherrscher die Hartherzigkeit einzelner Gläubiger gut macht, indem er die unbillig versagte Einwilligung der Gläubiger in eine Stundung ergänzt. Aus diesem Gesichtspunkt hat wollen gefolgert werden, als ob ein Bürge in solchem Fall ebenso angesehen werden müsse, wie derjenige, dessen verbürgter Gläubiger den Nachlaß mit verwilligt hat, das heißt, daß er inzwischen auch nicht belangt werden könne. Allein dieß ist unrichtig. Der mitverwilligende Gläubiger begeht eine That, aus welcher die Stundung entspringt, darum muß er diese sich entgegenhalten lassen. In einem derartigen Fall ist jener Gläubiger nicht, ohne dessen Willen und Zuthun, wenn auch aus noch so triftigen Gründen, eine Frist gegeben wird. Mag hiernächst derjenige Gläubiger für hartherzig gelten, der dem Gemeinschuldner nicht Frist geben wollte, so kann darum noch nicht derjenige dafür gelten, der sie ihm zwar gern gönnte, aber nicht mit Verlust eines solchen Rechts an Dritte, das er sich eben für Verlustfälle bedungen hatte, und der deswegen einem Nachlaßvertrag widerspricht; diesem würde der Richter, wie wir gesehen haben, Beifall geben, und seine Forderung in so weit von dem Gebiet des Stundungsvertrags ausschließen müssen, als es zu Beibehaltung seiner Klage gegen den Bürgen nöthig ist, (St. 235). Eben darum kann aber auch der landesherrliche Stundungswille nie-

Digitized by Google

mals dahin ausgelegt werden, diese mit dem Unglück des Gemeinschuldners, das der Stundung zum Anlaß dient, nicht zusammenhängende, bürgschaftliche Zahlungspflicht einzustellen, Puffendorf Animadv. 122. Der allgemeine Saz, daß persönliche Einreden, wohin die StundungsEinrede gehört, dem Bürgen nicht zu gut kommen, schlägt auch hier an, wo kein mitwirkendes Verschulden des Gläubigers sie niederschlägt.

237.

Rückgriff des Bürgen bey Minderzahlungen.

Wenn ein Bürge den verbürgten Gläubiger ablegt, und mit ihm einig wird, nicht das Ganze zu zahlen, sondern nur einen Theil für das Ganze, und er nun seinen Rückgriff auf den verbürgten Schuldner nimmt; so könnte man in Versuchung kommen, wegen Sz. 2028. der den gedachten Rückgriff auf Kapital, Zinsen und Kosten bestimmt, zu glauben, er könne mehr nicht als das, was er gezahlt hat, sammt Zinsen und Kosten fordern, das dann jenem entgegen wäre, was man desfalls vorhin für Recht hielt, Wernher I. Obs. 297. Allein der Sz. 2029. sagt weiter, der Bürge, welcher die Schuld zahlt, tritt in alle Rechte des Gläubigers wider den Schuldner kraft Gesezes ein, und daraus folgt unstreitig, daß jenes dort genannte Kapital nicht auf diejenige Summe gemeynt ist, welche der Bürge zahlt, sondern auf jene, welche er mittelst dieser Zahlung einlöst. Im römischen Recht konnte man dieses durch die

Lex Anastasiana scheinbar anfechten, Wernher I. Obs. 297.; nachdem aber die durch sie bestimmte Absertigung ei Rechtsübernehmers mit dem Preis, den er für die Uebernahme bezahlt hat, im Code Napoleon auf strittige Rechte beschränkt ist, Sz. 1699., und selbst bey diesen wegfällt, wo die Uebergabe an einen Gläubiger an Zahlungsstatt geschieht, Sz. 1700, welches der Fall ist, wenn der Hauptgläubiger dem Bürgen als BürgschaftsGläubiger des Hauptschuldners zur Zahlung seiner gesezlichen Verbindlichkeit durch RechtsUebertrag seine Forderung überläßt, so steht nun jener Saz doppelt fest. Zwar entschied Mevius III. Dec. 342. gegen den Bürgen, nicht nur wegen des Anastasianischen Gesezes, sondern auch weil die Auftragsklage, so wie die Geschäftsführungsklage auf mehr nicht als auf wirkliche Auslagen gehe, und dem Geschäftsführer zur Pflicht mache, allen daraus erhaltenden Vortheil dem Geschäftsherrn zu gut kommen zu lassen. Wegen jenes Gesezes bemerkte Wernher l. c. schon die Anwendbarkeit auf dergleichen nothwendige Uebernahmsarten fremder Schulden. Jezt tritt diese noch viel sichrer ein, da solches Gesez nur in gewisser Maaße noch bey strittigen Forderungen gilt, Erl. III. S. 591. Die Gründe aus Geschäftsführung oder Auftragsvollziehung, können nur da angewandt werden, wo der Bürge entweder Auftrag gehabt hätte, mit dem Gläubiger auf Nachlaß zu handeln, oder erklärt hätte, daß er in dessen Namen oder zu dessen Vortheil Nachlaß verlange, wo alsdann der ganze Fall nicht zur vorgelegten Frage gehört. Außer diesem ist die vom Bürgen geleistete Zahlung keines von diesen beeden Geschäften, sondern sie ist ein Erkauf der Schuld des Gläubigers, als in dessen Rechte der Bürge

kraft Gesezes eintritt, Sz. 2029., also auch sie klagend ausüben kann, ohne daß dieser darnach zu fragen hat, um welchen Preis er sie erkauft habe, sondern sich begnügen lassen muß, wenn die Schuld gezahlt ist, wie Sz. 2029. sagt, d. h. wenn er seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger gültig und völlig entledigt ist. Dieses bestätigt noch insbesondere der oben schon erwähnte Sz. 2028., welcher die Natur des Rückgriffs auf den Bürgen bestimmt, dadurch daß er sagt, solcher gehe auf Kapital, Zinsen und Kosten, und dann wegen der lezten hinzusezt: „bey den „Kosten jedoch nur auf jene, welche von dem Bürgen aufgewendet worden u. s. w.," womit er genugsam bezeugt, daß bey Kapital und Zinsen es nicht ebenso auf das wirkliche Aufwenden ankomme.

238.

Umfang der Ersazklage des Bürgen.

In Bezug auf den Umfang des Forderungsrechts des Bürgen an den Schuldner gab es zweyerley Streitigkeiten, einmahl ob ein Bürge immer alles dasjenige wiederfordern könne, was ihm durch den Zugriff des Gläubigers entgehe; zum andern ob derselbe mehr an den Schuldner fordern könne als er gezahlt hat, wenn etwa er die Hauptschuld mit Nachlaß erhandelt hätte. Von dem lezten Fall handelt das vorige Stück.

Den ersten Fall entscheidet Mevius III. Dec. 340. dahin, daß wenn dem Bürgen, es sey nun aus seinem Versehen oder aus Verschulden des Richters mehr zu zahlen auferlegt worden, als der Hauptschuldner schuldig gewesen, er dieses

Digitized by Google

von lezterem nicht wieder erlangen könne. Von dem Fall des eignen Versehens des Bürgen wird nun dieses wohl ein Jeder zugeben, es ist in der Regel; aber vom Verschulden des Richters ist die Sache nicht eben so klar. Mit Grund wendet man ein, die Dienstfertigkeit des Bürgen dürfe ihm nicht zum Schaden gereichen, und der Verlust sey hier ein Zufall, der die Hauptschuld betreffe, den der Hauptschuldner als Eigenthümer auf sich nehmen müsse, zumahl da er ihn eben so gut betroffen haben würde, wenn er selbst den Prozeß geführt hätte; wogegen jedoch die andere Parthie antwortet, wer sich in eine Lage begebe, wodurch ihn ein Zufall treffen könne, der müsse sich nicht über dessen Folgen beschweren, und die Regeln von der Wirkung des Zufalls auf Eigenthum als ein Sachenrecht könnten auf bloße persönliche Forderungsrechte nicht angewendet werden; es genüge daran, daß kein rechtskräftiges Urtheil einem Dritten, der nicht im Streit befangen gewesen, nachtheilig werden könne. Diese leztere Regel ist in unserem Gesezbuch klar ausgesprochen, Sz. 1351. Allein da nach demselben der Bürge den Schuldner benachrichtigen muß, wenn er belangt wird, damit dieser die Vertheidigungsmittel an die Hand gebe, Sz. 2031., so wird dadurch, wenn dieses geschieht, der Schuldner, er mag erscheinen oder nicht, Parthie im Prozeß, und hört auf ein Dritter zu seyn, den die Urtheil nichts angeht. (Freylich wenn der Bürge ihn nicht benachrichtigte und deswegen verlöre, dann begieng er ein Versehen, das er büßen müßte, davon ist aber wie gesagt, hier die Frage nicht.) Nun bestimmt das Gesez weiter, daß der Bürge außer Kapital, Zinsen und Kosten, auch im geeigneten Fall Entschädigung an den Schuldner zu fordern habe,

Sz. 2028. Als einen geeigneten Fall hat man aber bey Auftragsvollziehungen, Sz. 2000., so wie bey Geschäftsführungen, Sz. 1372., denjenigen Verlust anzusehen, der aus einer unabwendlichen irrigen Verurtheilung dem Bürgen zugeht, indem er ihn bey Gelegenheit der Geschäftsführung ohne Anlaß eigener Unvorsichtigkeit erleidet, also buchstäblich im Fall des Sazes 2000. sich befindet. Mit Fug dringt hier der Bürge auf dessen Ersaz, so lang ihm kein solches Versehen beigemessen werden kann, welches als die Ursache des Erleidens oder der Unabwendlichkeit dieses Schadens anzusehen ist, z. B. eine unterlassene Benachrichtigung des Schuldners vom Daseyn des Prozeßes, in einem Fall, wo der Schuldner bessere Vertheidigungsmittel hätte angeben können, ein unterlassenes statthaftes Rechtsmittel.

239.

Betagung der Bürgschaften.

Die Bürgschaften können eine Zeitbestimmung theils mittelbar, theils unmittelbar erhalten. Leztere Gattung führt nicht leicht zu Schwierigkeiten. Bestimmt a.) ein Geding des Bürgschaftsvertrags die Zeit, ist sie also vom Gläubiger bewilligt, so stellt sie ein wahres Währziel vor, und wirkt nach den Regeln des Sz. 1188b. Ist b.) die Zeit in einen besondern Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Schuldner festgestellt, und von dem Gläubiger nicht mit bewilligt; so kann sie diesem, als einem Dritten, sein aus der Bürgschaft habendes unbetagtes Recht, nicht beschränken, Sz. 1165., sie wirkt daher nur gegen den Schuld-

Digitized by Google

ner eine Forderung auf Erledigung von der Bürgschaft, Sz. 2032. Abs. 3.; in diesem Fall ist sie kein Währziel.

Die mittelbare Zeitbestimmung bey Bürgschaften fließt aus der Betagung der verbürgten Hauptforderung. Ist dieser c.) kein Währziel gegeben, oder welches auf Eines hinausläuft, ist das Gegebene auf die Willkühr der Vertragspersonen ausgesezt, z. B. ein Anlehen auf gutfindende Aufkündigung, so ist dieser Fall dem unmittelbar Vorhergehenden gleich, die Bürgschaft ist unbetagt gegen den Gläubiger: jedoch hat sie in Bezug auf den Schuldner ein unvollkommnes Währziel aus dem Gesez erhalten, weil nach Ablauf von zehn Jahren auf Entledigung wider ihn geklagt werden kann, Sz. 2032. Abs. 5. Ist aber d.) die Hauptschuld bestimmt betagt, es sey nun ausdrücklich, z. B. ein Anlehen auf drey Jahre, oder folgweise durch die Natur des Hauptgeschäfts, z. B. eine Vormundschaftspflicht, die allemahl durch die Volljährigkeit des Mündels betagt ist, so haben wir für diesen Fall zweyerley abweichende Entscheidungen, die eine sagt, der Bürge bleibe auch nach abgelaufenem Währziel bey eingetretener Verlängerung des Gläubigers gegen diesen in der Verbindlichkeit, Sz. 2039., nur könne er gegen den Schuldner auf Entledigung von der Bürgschaft klagen; die andere Entscheidung sagt aus Anlaß der Bestandverträge eine vom Gläubiger dem Schuldner bewilligte Verlängerung verbinde den Bürgen nicht ohne seine Zustimmung. Der Vereinigungspunkt beeder Entscheidungen liegt in dem Unterschied zwischen geschlossenen und wachsenden Verbindlichkeiten. Wo eine Verbindlichkeit mit einemmahl oder mit einem bestimmten Zeitablauf ihr bestimmtes Maas hat, wo also die Fristverlän-

gerung nicht die Größe der Verbindlichkeit trifft, sondern nur ihre Dauer, da tritt die erste Entscheidung ein, denn da ist es eine bloße Verlängerung der Zahlungsfrist, wie sie die GesezesWorte unterstellen: hier geschieht auch dem Bürgen kein Nachtheil, denn durch die ihm eingeräumte Befugniß, der laufenden Frist unerachtet, wider den Schuldner auf Schadloßhaltung zu klagen, ist aller Schaden von ihm abgewandt, Gail I. Obs. 29., Wernher III. Obs. 107. Nur in Wechselsachen, wo vorhin manche Rechtslehrer auch die Fristverlängerung auf den Bürgen wirken ließen, Hommel Rhaps. Obs. 646., gilt bey uns die Verlängerung für eine Erlöschung der Wechselbürgschaft, so daß dieser alsdann nicht einmahl rückwärts weiter zu haften hat, A.Sz. 186 a. Wo hingegen die Verbindlichkeit mit jedem weiteren Zeitlauf wächst, z. B. bey einem auf fünf Jahr angenommen verbürgten Dienst, oder bey einem verzinslichen dreyjährigen Anlehen, da schlägt die andere Gesezstelle ein; die Größe der Bürgschaft, welche gleich ist der Größe der verbürgten Schuld, kann durch eine ohne des Bürgen Einwilligung erfolgte Erneuerung oder Verlängerung des vorigen Vertrags, nicht vermehrt werden, Carpzov II. Const. 19. Def. 3 et 4.

240.

Unaufkündlichkeit der Bürgschaften.

Daß die Erben eines Bürgen nicht nur für das stehen müssen, was ein Hauptschuldner bey Lebzeiten des Bürgen schuldig ward, sondern auch für die nach dessen Tod erst

entstehende Schuldigkeiten — sofern nemlich eine auf künftige Schulden gerichtete Bürgschaft in Frage ist, war ehemals entschieden, Leyser DXXIII. Med. 13., und ist es noch, weil nicht bloß die Schulden, d. h. verfallene Verbindlichkeiten, sondern uneingeschränkt alle Verbindlichkeiten des Bürgen auf den Erben übergehen, Sz. 2017. Aber ob auf dem Bürgen und seinen Erben, diese Verbindlichkeiten unaufkündlich haften, dieses ist eine mehr schwierige Frage. Gegen die Aufkündlichkeit läßt sich anführen: a.) daß nach Sz. 1035. die Bürgschaft, wie andere Verbindlichkeiten erlöschen, unter die allgemeine Erlöschungsarten aber der Sz. 1234. die Aufkündung nicht zählt, b.) daß der Sz. 2032. erklärt, der Bürge könne schon vor der Zahlung auf Schadloshaltung klagen, wenn er zehn Jahre im Verband gestanden, und seine verbürgte Hauptschuld nicht fortgehender erst nach einer bestimmten Zeit tilgbarer Art sey, woraus zu folgen scheint, daß bey jener der lezten Art nicht einmahl auf Schadloßhaltung geklagt, vielweniger aufgekündet werden könne, und daß überall Aufkündung nicht im Sinn des Gesezgebers liegen möge, weil sonst unnöthig gewesen wäre, dem, der sich auf diesen Weg entledigen kann, jene vorlaufende Schadloshaltungsklage zu geben. Jedoch steht darauf zu erwiedern zu a.) der Saz 1234. enthält nicht alle Auflösungsarten der Verbindlichkeiten, sondern nur jene, die allen Verbindlichkeiten gemein sind, Erl. III. S. 169., und der Sz. 2034. sagt nicht, die Bürgschaft erlöscht bloß aus Ursachen, aus denen alle Verbindlichkeiten erlöschen, sondern er sagt nur, sie erlöscht aus gleichen Ursachen wie andere Verbindlichkeiten, er spricht daher nicht auf die gemeine Erlöschungsart, sondern läßt sich auf

Digitized by Google

jede Erlöschungsart, die anderen Verbindlichkeiten ähnlicher Art eigen sind, beziehen. Nun ist die Bürgschaft immer entweder ein Auftrag des Schuldners oder eine Geschäftsführung für denselben; das erstere Rechtsgeschäft aber erlöscht durch Aufkündung, Sz. 2001., und das leztere verpflichtet gar nicht zur Fortsezung, nicht zu unfreywilliger Uebernahme weiterer Verbindlichkeiten, Erl. III. S. 278. Zu b.) läßt sich gedenken, daß die Schadloshaltungsklage dem Gläubiger zu gut gegeben sey, damit der Bürge nicht nöthig habe, zu dessen Schaden sich loszusagen, und daß also die Aufkündungsbefugniß zu Gunsten des Bürgen, der sich gern lossagen will, daneben bestehe. Inzwischen zu a.) mag es immer seyn, daß das Gesez die Bürgschaft, die nun einmahl ein eigenes Rechtswesen ist, aus dem Gesichtspunkt eines Auftrags oder einer Geschäftsführung hätte ansehen können, so ist doch unläugbar, daß es sie so nicht angesehen hat, weil es sonst deren Fortdauer auf Erben nicht hätte aussprechen können, also können auch die diesen Geschäften eigene Erlöschungsarten nicht, sondern allein die allen eigene durch den Sz. 2034. auf sie anwendbar erklärt seyn, und zu b.) die Schadloshaltungsklage, deren der Sz. 2032. gedenkt, ist aus dem alten Recht genommen, wo sie die Stellvertreterin war, für die nicht stattfindende Aufkündungsbefugniß, Lauterbach C. Th. pr. L. XLVI. T. 1. §. 61 et 63. Dieser Quelle gemäß ist sie zu verstehen, und schließt also die Aufkündungsbefugniß aus.

Digitized by Google

241.

Entsagung auf Nothdurftsrechte.

Die ehemahlige Lehre, daß einem Nothdurftsrecht entsagt werden könne, nur nicht da wo man es aus Blutsfreundschaft oder Ehrfurchtsansprüchen zu fordern hat, Carpzov I. Const. 32. Def. 19., Wernher (S. Nov.) ad VII. Obs. 85., verliert in unserem Recht diese Einschränkung, weil es keine aus jenen Gründen ausgehende Nothdurftsrechte mehr gibt. Hingegen a.) da sie jezt aus der Rechtsbetheiligung dritter Personen ausgeht, so folgt daraus vermöge Sz. 1165., daß eine Entsagung, die ohne Einwilligung dieser Betheiligten geschieht, unwirksam werde, sobald diese eine Einsprache einlegen, und b.) da Nothdurftsrechte Unterhaltsrechte sind, Sz. 1265 a., dem künftigen Unterhalt aber niemals anders als mit gerichtlicher Prüfung und Ermächtigung entsagt werden kann, Sz. 2046a., so ist nun auch die Entsagung auf Nothdurftsrechte an jene Gerichtlichkeit gebunden.

242.

Einheit des VergleichsGegenstandes.

Zwey Schwestern hatten gemeinschaftlich mit einem unmündigen Bruderskind eine ererbte ansehnliche aber strittige Forderung an einen Dritten. Der Vormund des Kindes verglich sich, wiewohl ohne Beobachtung aller zur Vollgültigkeit nöthigen Erfordernisse, über dessen Antheil auf die

Hälfte des Betrags, den er auch empfieng und zum Nuzen des Kinds verwandte. Die zwey Schwestern hielten den Vergleich für zu niedrig, und sezten den Prozeß fort, da ihnen aber die Trennung des Kinds, als des dritten Mitklägers, unangenehm war, sie auch als Muhmen glaubten, den Angelegenheiten des Kindes vorsorgen zu dürfen, gaben sie deswegen eine Rechtsverwahrung und Bitte um Umstoßung dieses nachtheiligen Vergleichs bey Gericht ein. Nach einiger Zeit, während dem über diese Eingabe sowohl als über den Hauptstreit der Schwestern noch nichts entschieden war, verglichen auch diese sich mit dem Schuldner über ihre Ansprache auf Dreyviertheile ihres Antheils des Schuldbetrags, in diesem Vergleich entsagten sie zugleich auf ihre eingereichte Bitte, Umstoßung des Vergleichs zu erkennen, den für ihren Neffen der Vormund eingegangen hatte. Kurz darauf starb dieser Neffe unvermuthet, und beede Muhmen wurden seine Erben. Nun wollten sie jenen Vergleich des unmündig verstorbenen Neffen von neuem anfechten, weil er das Umstoßungsrecht kraft seiner Minderjährigkeit gehabt habe, die Fristen dazu noch liefen, und der Vergleich, den sie seiner Zeit für sich eingegangen hätten, ihnen in ihrer jezigen Eigenschaft als Erben nicht schaden könne. Dagegen wollte der Schuldner sich in kein Verfahren hierüber einlassen, weil sie einmahl den Vergleich gebilligt und ihrer Anfechtung desselben entsagt hätten, mithin gegen ihre eigene That und Worte nun nicht weiter streiten könnten. Für die leztere Meynung ward unter der Herrschaft des alten Rechts entschieden, Cramer Wezl. Nebenst. B. 1. St. 2. Ob die nemliche Entscheidung auch jezt noch anwendbar seyn möchte, wurde um jener Säze willen bestrit-

Digitized by Google

ten, welche der Code Napoleon Sz. 2048—2051. aufstellt. Wirklich hat auch das Gegentheil viel Schein. Denn a.) der Gegenstand der Strittigkeiten war zwar jezt und damals der Nemliche, indem er das einemahl wie das andere in der Verkürzung in Bezug auf ein- und ebendieselbe Schuld bestand, mithin war das Erforderniß des Sz. 2048. da, allein b.) die Strittigkeit scheint weder die nemliche, noch in dem vorigen Vergleich einbegriffen gewesen zu seyn, weil damals die Muhmen für den Neffen, der seinen eigenen Vormund hatte, zu klagen nicht berechtigt waren, also nur in eigenem Namen, wenn gleich mit zum Vortheil des Neffen wegen geglaubter, wiewohl nicht vorhandener, Untheilbarkeit des Streits klagten, anstatt daß sie jezt aus vererbtem Recht des Neffen selbst klagen, welches um deswillen ein ganz anderer Steit ist, weil jene Klage der Muhmen als eine ohne die erforderliche Rechtsgewalt für ihn von einem Dritten eingeleitete Unternehmung, ihm nichts an seinem Recht zu schmälern vermögend war, und er also seine Umstoßungsklage immer noch anstellen, mithin auch während der Anstellungsfrist vererben konnte, so daß der Sz. 2049. die Schwestern gegen jenen ihrer Klage entgegengesezten VergleichsEinwand schüzt, zumahl da c.) sie damals sich nur verglichen und nur vergleichen konnten über das für sich habende oder zu haben vermeynte Recht, den Vergleich des Neffen anzufechten, und nun in der Folge erst das weitere Anfechtungsrecht als Rechtsfolger des Neffen erhielten, von welchem jezt die Rede ist, wesfalls der Sz. 2050. klar ihnen das Wort zu reden scheint, wenn sie jenen Verzicht jezt nicht gegen sich gelten lassen wollen. Dennoch würde eine dermaligen gleiche Entscheidung auch jezt noch erfolgen müssen,

Digitized by Google

denn nicht nur ist zu a.) wirklich der nemliche Klaggegenstand — die betreffende vererbte Forderung, und der nemliche Klagbetreff — die Verkürzung durch Annahme der Hälfte statt des Ganzen, vorhanden, sondern zu b.) es tritt auch jezt noch die nemliche Beziehung ein, in welcher zuvor die Sache vorkam. Hätten damals die Muhmen ans irgend einem Grund behauptet, daß das Verkürzte ihnen gebühre, daß die Verkürzung zu ihrem Besten beseitigt werden müsse, hätten sie also rein in eignem Namen geklagt, so würde man sagen, sie klagen jezt als Erben des Neffen in einem ganz andern Namen, und haben also nicht nöthig, ihre Entsagung auf die damahlige Klage ihrer dermahlig ganz in anderer Eigenschaft angestellten Klage entgegenhalten zu lassen: aber sie wollten damahlen die Verkürzung nicht als eine eigne sondern als Recht des Neffen, nicht zu ihrem Vortheil, sondern zu jenem des lezteren, nicht aus einer ihnen einwohnenden Eigenschaft, sondern aus der Minderjährigkeit des Neffen geltend machen, freylich nicht aus reiner Liebe gegen den Lezteren, sondern aus eigennüzigen Absichten, nemlich aus Hinsicht auf den Vortheil, den sie in ihrer Prozeßbetreibung von seiner Beibehaltung zum Streit hoften; was sie jezt ausklagen ist wiederum die Verkürzung des Neffen, zum Vortheil der Erbmasse des lezteren, aus seiner MinderjährigkeitsEigenschaft und abermals nicht aus reiner Liebe zu diesem, der jezt als verstorben keinen Genuß davon hat, sondern aus eigennüzigen Absichten, um ihren Erbvortheil an ihm höher zu treiben, es ist also offenbar ein und die nemliche Streitigkeit, welche sie jezt erheben, und welche sie damals erhoben hatten, mit dem einzigen Unterschied, damals erhoben sie dieselbe ohne Rechtfertigung,

fertigung, jezt sind sie durch das Erbrecht dazu gerechtfertigt. Bey einem Vergleich sezt man aber die Frage, wie weit der Streit zuvor mit Recht oder Unrecht erhoben worden sey, ganz bey Seite; jeder Theil läßt dem andern seine Meynung, erkauft sich aber das Recht, nur nach seiner eigenen gerichtet werden zu dürfen, durch das, was er gibt, behält, oder nachläßt, und darum kann ein Vergleich durch den Umstand nie entkräftet werden, daß jemand nur ein vermeyntes Recht hatte, Sz. 2052., derselbe muß immer in Bezug auf den, der ihn eingieng, die nemliche Wirkung äußern, als ob solcher das kräftigste Recht gehabt hätte, er muß folglich auch die noch so wohl gegründete Klage dessen beseitigen, der zuvor die nemliche Klage, wiewohl ohne Recht eingeführt, und darüber nachmals sich verglichen hat. Dieserwegen zu c.) kann es auch nicht in Betracht kommen, daß die Schwestern damals nur für sich der Klage entsagten, die sie nun als Erben anstellen, denn sie waren damals schon gesezliche Erbberechtigte; haben sie als solche jene Verkürzungsklage des Neffen voreilig angestellt, mit welcher sie freylich vom Richter hätten abgewiesen werden müssen, so war das ihre Schuld, wovon sie keine Folge auf ihren Gegner laden können, diesem genügt es, daß er von ihnen mit dieser Klage belangt worden, und sich darüber verglichen hat, um nun nicht anderweit von ihnen mit eben dieser Klage belangt werden zu können, mit der er auch nicht wieder von ihnen hätte belangt werden können, wenn sie solche damahlen fortgesezt, und der Schuldner derselben durch Urthel und Recht entbunden worden wäre.

243.

Prozeßkosten nach verglichener Hauptsache.

Der Vergleich bezieht sich auf erhobene oder bevorstehende Strittigkeiten, Sz. 2044. Im ersteren Fall hat gewöhnlich jeder Theil Prozeßkosten gehabt, die, wenn die Sache zum richterlichen Entscheid gekommen wäre, in der Regel der Sieger von dem Ueberwundenen wieder zu fordern gehabt hätte: dieses sollte die Vergleichspersonen erinnern, sich darüber bestimmt zu erklären; häufig geschieht dieses nicht, man nahm in diesem Fall an, daß die Kosten für verglichen oder wechselseitig erlassen gelten, Mynsinger IV. Obs. 48. Diese Ansicht wollte neuerlich darum bestritten werden, weil diese vermuthete Vergleichung eine Folge davon gewesen sey, daß man damals die Prozeßkosten im Urtheil gewöhnlich verglichen habe. Jezt, wo sich diese Regel gesezlich umgekehrt habe, wollte aus dieser Umkehrung die Folge gezogen werden, daß jene Vermuthung wegfallen müsse, zumahl keine gesezliche Vermuthung ohne nachweisendes Gesez aufgestellt werden dürfe. Allein jeder Vergleich ist ein Verzicht auf das Rechtserkenntniß, er muß also alles unter sich ziehen, was eine solche richterliche Einschreitung nöthig gehabt haben würde: zwar beschränkt er sich auf seinen Gegenstand, und kann nicht auf andere übertragen werden, aber er umfaßt doch alles, was zu dem verglichenen Gegenstand gehört. Prozeßkosten sind Nebensachen oder Zugehörden der Hauptsache, die in der Regel ihrem Schicksal folgen, und daher durch einen Verzicht auf diese für mitverzichtet gelten. Da durch den Vergleich jeder Theil sich

Digitized by Google

gegen das Ueberwundenwerden sichert, und nur das Ueberwundenseyn der Rechtstitel zur Kostenforderung des Gegners hätte werden können, so räumt ein Vergleich durch seine Natur selbst alle Möglichkeit der Kostenforderung weg: endlich der Umstand, daß Annahme eines Kapitals ohne Vorbehalt der Zinsen für Verzicht auf leztere gelten, Sz. 1908., spricht unläugbar seinem Geist und der Rechtsähnlichkeit zu Folge, die gesezlich gebietende Vermuthung aus, daß ein Verzicht der Forderung an die Hauptsache jenen auf die nicht vorbehaltene Nebensachen zugleich darstelle.

244.

Umstoßung nicht erfüllter Vergleiche.

Im Napoleonischen Recht wird nicht wie im Römischen erfordert, daß ein Vergleich durch Zugeben und Ablassen (dato aliquo et retento) geschlossen werde, sondern jeder Vertrag, der einen Streit beylegt, gilt für einen Vergleich, Sz. 2044., also besteht auch ein solcher, wobey nur der Eine Theil etwas nachläßt, ja selbst derjenige, welcher streng auf das Recht abgeschlossen wäre, wobey folglich in gewissem Sinn keiner etwas nachläßt, hat seinen hinlänglichen Rechtsboden. Dennoch bleibt in einem weiteren Sinn immer wahr, daß der Vergleich nur durch wechselseitige Erlassung zu Stand komme. Es muß nemlich bey jedem Vergleich jeder Theil die Befugniß über sein wahres oder vermeyntes Recht einen gerichtlichen Austrag zu begehren, aufgeben, damit thut jeder dem Andern eine Gegenzusage. Daher ist der Vergleich, er laute im übrigen wie

er wolle, stets ein doppelseitiger Vertrag, Sz. 1102. Für alle diese ist es zur stillschweigenden Bedingung gemacht, daß unter gewissen gesezlichen Vorsichten die Nichterfüllung als auflösende Bedingung wirke, Sz. 1184. Dieses gilt daher auch den Vergleichen, obwohl nach römischen Rechten das Gegentheil die richtigere Meynung war, Leyser XLVI. Med. 5. Selten wird übrigens einer Parthie zu rathen seyn, dieses Rechts sich zu bedienen, weil dadurch nur der Stand des Rechtsstreits, wie er vor dem Vergleich war, wieder hergestellt wird, folglich dieser nun wieder mit all seinen Gefahren übernommen werden muß. Nur da mag dieser Rückgriff auf den vorigen Stand räthlich seyn, wo man bessere Beweise seines Rechts inzwischen erkundigt hat, oder der Vergleich seiner Zeit aus persönlichen Rücksichten auf Verhältnisse des Richters oder des Gegners eingegangen wurde, um derentwillen man einer RechtsEntscheidung damals nicht vertraute, die aber inzwischen weggefallen sind.

245.

Verfallgedinge bey Vergleichen.

Nachdem die Nichterfüllung den Vergleich so gut wie andere Verträge aufheben kann (St. 244.), so folgt daraus in Verbindung mit der Erlaubniß Strafgedinge dem Vergleich anzuhängen, Sz. 2047., daß ihm auch ein Verfallgeding einverleibt werden dürfe, (lex commissoria). Aber man muß auf dessen Fassung wohl achten, wenn man nicht in der Anwendung irren will. Ist es nemlich auf den Zerfall

des Vergleichs ausdrücklich gerichtet, so wirkt es, daß der Vergleich nun als kraft Gesezes aufgelöst angesehen werden müsse, vergl. Sz. 1656., es kann aber nur da Nuzen haben, wo die Wiederherstellung des Rechtsstreits Vortheil bringt; ist hingegen das (gleich allen Strafgedingen) jederzeit mit möglichster Begrenzung durch die Worte zu verstehende Verfallgeding nur auf den Verfall einer dem Andern in dem Vergleich geschehenen Bewilligung oder Abtretung gerichtet, wie dieses häufig geschieht, so zerfällt der Vergleich nicht, sondern nur diese besondere Begünstigung des Andern, es gilt vielmehr eine solche Beschränkung des Zerfalls für stillschweigende Entsagung auf die Befugniß ihn ganz zurückzurufen, und der Rechtsstreit bleibt daher in solchem Fall dennoch beseitigt. Dieses ist der wahre Gesichtspunkt, aus welchem die bey Cannengieser VII. Dec. 180. erzählte Entscheidung eigentlich zu rechtfertigen war, und der jezt noch wirksam bleibt.

246.

Vom Pfandrecht der Verzugszinsen.

Nach gemeinem Recht ward es für eine strittige Frage geachtet, ob ein Pfand, das nicht beschränkt auf Hauptstock oder Zins gegeben worden war, auch für Verzugszinsen haften müsse, wiewohl die meisten Rechtslehrer sie bejahten, Puffendorf L. 13. Nach unserem Recht, welches ebenwohl die Frage wörtlich nicht entscheidet, ist diese bejahende Antwort die richtige. Alle aufkündliche Kapitalzinsen ohne Unterschied, ob Gesez, Vertrag oder Verzug ihr

Rechtsgrund sey, sind bürgerliche Früchte, Sz. 584. vergl. mit 602. und 1378., als solche sind sie Zuwachs der Schuld, von welcher sie fällig sind, Sz. 546. und 547., und unterliegen demnach der allgemeinen Regel, daß die Nebensache der Hauptsache folgt, Erl. I. S. 375. Nur eine ausdrückliche Ausnahme könnte ihr Schicksal von jenem der Hauptschuld trennen. Dergleichen ist aber keine vorhanden. Das Einsazpfand wie das Unterpfand beziehen sich auf die Schuld uneingeschränkt, Sz. 2071. 2114., sie gehen daher auch auf die Zinsen der Schuld, Sz. 2081. 2085. 2089. 2151., und darunter sind vermöge der Allgemeinheit des Ausdrucks wie der Gründe, die Verzugszinsen mit zu verstehen, Sz. 6 a. Dieses bestätigt der Sz. 2148. Abs. 4., der mit der Kapitalsumme auch alle Nebenverbindlichkeiten einzutragen vorschreibt, wohin die Verzugszinsen unläugbar mit gehören. Bey Faustpfändern tritt noch der weitere Grund hinzu, daß, wenn sie auch eine ganz getrennte Schuld wären, auf sie das Innebehaltungsrecht statt finden würde, Sz. 2082. Abs. 2.

247.

Besorgung verpfändeter Schuldbriefe.

Wie weit derjenige, der einsazpfandsweise Schuldbriefe seines Schuldners inne hat, diese zu besorgen schuldig sey, war nicht bestimmt entschieden: was nach der Billigkeit anzunehmen sey, lehrt Mevius IX. Dec. 168. Die einschlagende Lehren des französischen Rechts bestimmen folgendes: 1.) Faustpfand kann auf Schuldforderungen haften

Sz. 207.; 2.) der FaustpfandSchuldner bleibt Eigenthümer des Pfands, Sz. 2079., mithin schuldig, allen nachtheiligen Zufall, der dasselbe betrifft, auf sich zu leiden, Erl. III. S. 304.; 3.) der FaustpfandGläubiger ist berechtigt, die Zinsen einzuziehen, und vertragsmäßig zu verrechnen, Sz. 2081.; 4.) der FaustpfandGläubiger ist berechtigt, obwohl nicht schuldig, zur Verfallzeit das versezte Kapitalgeld einzuziehen, Erl. IV. S. 96. Endlich 5.) das Pfand ist in der Hand des Gläubigers nur anvertrautes Gut, Sz. 2079. Vergleicht man alle diese Rechtsvorschriften mit dem ASz. 92ac., welcher sagt: auch derjenige, der einen Auftrag nicht annimmt, muß bey Forderungen, wovon ihm die Urkunden geliefert sind, das Unverschiebliche besorgen: so folgt aus allen zusammen, daß ein FaustpfandsInnhaber eines Schuldbriefs 1.) für dasjenige, was dessen Sicherheit betrifft, z. B. durch Pfandbewahrung, zu sorgen; 2.) die Zinsen davon zu rechter Zeit einzuziehen; 3.) wenn das Kapital mißlich zu werden scheint, es unter Benachrichtigung des pfandgebenden Schuldners einzuklagen; keineswegs aber 4.) gegen seinen Willen weiter die Einforderung sich eigen zu machen habe, noch darüber verantwortlich seye.

248.

Erfordernisse der Innbehaltung der Pfänder.

Nach dem römischen Recht ward dem PfandInnhaber gestattet, wegen handschriftlicher Forderungen an den nemlichen Schuldner ein Pfand inne zu behalten, L. un. C.

Digitized by Google

etiam ob chir. pecun. pingn. ret. posse, und dieſes kam ſelbſt dem Unterpfandsgläubiger zu gut, ſobald er durch die PfandBeſizklage ſich in deſſen Beſiz geſezt hatte, Berger Oec. jur. L. 2. T. 5. Th. 14. Dieſe BeſizAnſprache auf Unterpfänder fällt in der jezigen Rechtsverfaſſung weg, Erl. I. S. 396., mit ihr auch das Innbehaltungsrecht, Erl. IV. S. 101. Hieraus entſteht Anlaß, die jezige Erforderniſſe dieſes Rechts mit jenen des alten Rechts vergleichend zu prüfen. Vorhin waren dieſe Erforderniſſe folgende: a.) es ward von Manchen nur wegen ſolcher Forderungen zugelaſſen, welche ſchon zur Zeit der Verpfändung vorhanden waren, wogegen jedoch Andere eiferten, Carpzov II. Const. 25. Def. 25; b.) man durfte ſich deſſen nur unmittelbar gegen den Schuldner bedienen, nicht gegen Dritte, als Lehnherren, Mitgläubiger u. dgl., Berger Oec. jur. L. 2. T. 5. Th. 14., Hommel Obs. 378. Die erſte Einſchränkung zu a.) fällt bei uns weg, da der Code Napoleon mehr nicht fordert als daß die Schuld, wegen welcher die Innbehaltung geſchehen ſoll, vor der Zahlung der Pfandſchuld verfällt; hiernach kommt nur das Endeziel nicht das Anfangsziel dieſer weiteren Verbindlichkeit in Betracht, Sz. 2082. Die andere zu b.) iſt in ſich ſelbſt eben ſo wenig gegründet, da jener Saz nichts enthält was eine ſolche Folgerung begründet. Nur ſo viel iſt gewiß, α) wer gegen Mitgläubiger in einer Gant innbehalten will, der muß eine vor der Gant ſchon verfallene Schuld haben, weil während dieſer niemand neue Vermögensrechte erwerben kann; β) gegen den Lehnherrn kann es wegen keiner Schuld, die nicht auch den Lehenherren verbindlich ergreift, ausgeübt werden, wegen Sz. 1165.

249.

Einfluß der Gant auf Nuzpfänder.

Wer ein Nuzpfand hatte, oder was einerley war, wer Zahlungshalber in ein Gut eingewiesen war, der mußte bisher zwar wie ein anderer Gläubiger auch in die Gant sich einlassen, aber von dem Genuß und der Verwaltung des Guts pflegte er nicht früher verdrängt zu werden, als bis es die Ueberlieferung an den Gantkäufer nothwendig machte, Mevius III. Dec. 252., VII. Dec. 40.; Berger Dec. 477. Die Nuzpfandrechte im Napoleonischen Recht sind zwar etwas schwächer als die römischen, weil sie gar kein Sicherheitsrecht am Grund und Boden geben, Sz. 2091., und daher denen darauf versicherten Gläubigern weichen müssen, Erl. IV. S. 111.; dessen unerachtet aber findet obige Behandlungsart, und zwar ohne Ausnahme, ihre vorige Anwendung. Denn die Unterpfandsgläubiger haben jezt gar kein Recht mehr auf den Pfandbesiz, Erl. V. S. 665., noch ein sachliches Recht am Pfand, Erl. I. S. 396. 594. Sie haben also an die Früchte kein Recht eher, als bis der Zugriffsbefehl sie unter gerichtliche Hut zu ihrem Besten bringt, Sz. 2204 a., oder eine VermögensAbtretung sie ihnen gibt, Sz. 1265. Ist nun zur Zeit des Zugriffs oder des Abtritts schon ein Anderer als der Schuldner, nemlich der Pfandnießer, im Genuß, so kann weder der Zugriff noch die Abtretung diesen Genuß, der nicht mehr des Schuldners ist, ergreifen, sondern erst wenn jemand da ist, der Vorzugs- oder Unterpfandsrechte darauf hat, und dieser seines daraus fließenden Rechts, auf den

Digitized by Google

Verkauf zu dringen, sich bedient, endigt sich damit sein Genußrecht. Ist kein solcher da, so können bloße HandschriftsGläubiger nicht einmahl dieses Verkaufsrecht zu seinem Nachtheil ausüben, sondern müssen bis nach geendigter Pfandnuzung zuwarten, oder ihn aus dem PfandErlös vor allen befriedigen, da ein zum Nachtheil des Pfandnießers wirksames Verkaufsrecht nur den Vorzugs- und UnterpfandsGläubigern beygelegt ist, Sz. 2091.

250.

Vorzugsrecht auf der BestandFahrniß.

Mieth- und PachtZins hat ein Vorzugsrecht auf alles, was zur Einrichtung des Miethhauses und zur Benuzung des Pachtguts gehört, sagt Sz. 2102. des Code Napoleon. Er unterscheidet dabey nicht, ob ein Miethzins des Hauptvermiethers oder des Aftervermiethers, und eine Bestandfahrniß des Hauptmiethmanns oder des Aftermiethmanns in Frage stehe. Der volle Sinn, den man einer allgemeinen Stelle zugestehen muß, Sz. 6a., fordert daher, die Verfügung auf beede anzuwenden, nachdem einmahl der Sz. 1717. die Afterbestandgabe für ein erlaubtes Rechtsverhältniß erklärt; nachdem der Sz. 1753. weiter sagt, der Aftermiether hafte jedem Hauptvermiether nach Betrag des rückständigen Bestandzinses, nachdem endlich der Sz. 1166. jedem Gläubiger also auch dem Hauptvermiether) erlaubt, die Rechte und Klagen seines Schuldners, (hier des Hauptmiethers als Aftervermiethers) gegen Dritte (hier gegen den Aftermiethmann auf dessen Fahrniß für den Aftermiethschilling) geltend zu ma-

Digitized by Google

machen. Hierinn ist das neue Recht mit dem alten gleichförmig, Puffendorf T. II. Obs. 28.: es versteht sich aber auch wie vorhin, daß dieses Pfand- oder Vorzugsrecht nicht auf mehr wirken kann, als der Betrag der Schuldigkeit des Aftermiethmanns ausmacht. Sz. 1753. weil Tilgung der Schuld, wofür das Pfand eingesezt ist, (und das ist hier nur die Schuldigkeit des Aftermiethmanns) jedes Pfandrecht erlöschen macht, Sz. 2180.

251.

WaarenZurücknahme in Ganten.

Das Badische Landrecht enthält zwey Verordnungen über die Waarenzurücknahme bey ausbrechenden Ganten, die Eine aus dem Code Napoleon, die Andere aus dem französischen Handelsrecht; beede haben viele Verwandschaft aber auch viel Abweichendes, und bedürfen deshalb einer genauern Vergleichung, um in begebenden Fällen zu wissen, was von der einen Verfügung in die Andere herübergezogen werden dürfe, als welches nach A.Sz. 1 b. nur mit vorsichtigen Einschränkungen statt findet. Die erste jener Verfügungen, Sz. 2102. Abs. 4., sagt, der Verkäufer kann seine verkaufte Waare zurücknehmen, a.) wenn der Verkauf auf baar Geld geschehen, und b.) das verkaufte Stück noch im Besiz des Käufers ist, zur Zeit, wo die Zahlung strittig wird, (d. i. nach dem Zusammenhang, zu der Zeit wo durch Zudringen anderer Gläubiger solche gehemmt wird, oder mit einem Wort: wo die Gant ausbricht,) in so fern auch c.) solches indessen noch keine Veränderung erlitten hat,

hiernächst d.) nicht über acht Tage von der Lieferungszeit anverflossen sind. — Der A.Sz. 240—249. gibt dem Verkäufer das nemliche Recht der Zurücknahme, aber mit folgenden theils näheren, theils veränderten Bestimmungen: es druckt zu a.) gar nicht aus, daß um solches Zurücknahmsrecht auszuüben, der Verkauf auf baar Geld geschehen seyn müsse; es fordert zu b.) gar nicht, daß die Waare noch im Besiz des Käufers sey, vielmehr umgekehrt schließt es alle diejenige Waare aus, welche dem Käufer schon zu Hand gekommen ist, und gestattet die Wiederzueignung nur auf solche, die noch unterwegs, noch nicht in dessen Hände gekommen, aber für ihn abgesendet, und inzwischen nicht unterwegs auf die Einkaufsverzeichnisse hin weiter verkauft worden ist; dagegen zu c.) fordert es ebenfalls das unveränderte Daseyn der Stücke, und bezeichnet dieses näher dahin, daß die Waare weder in ihrer Menge noch Eigenschaft geändert, ja nicht einmal in ihren Packumgebungen verlezt oder aus ihnen herausgenommen seyn dürfe, wogegen zu d.) es keine Zeit benennt, in welcher diese Wiederzueignung unter Rechtsnachtheil geschehen müsse; wohl aber fügt es hinzu e.) die Befugniß der Gläubiger des Käufers die Waare gegen Erlegung des Kaufschillings zu behalten, so wie f.) die Schuldigkeit des Gläubigers, wenn er die Waare zurückempfängt, der Schuldmasse alle auf deren Empfang und Erhaltung verwendete Auslagen zu ersezen. Denken wir diesen Verschiedenheiten nach, so finden wir, ihr Grund liegt zum Theil in Handelsverhältnissen, zum Theil nicht. In Handelsverhältnissen liegt es, daß zu a.) nicht bey dem Kaufmann, sondern nur bey dem Nichtkaufmann auf das Geding der baaren Zahlung gesehen wird: denn da unter

Kaufleuten auf Buch und Rechnung gehandelt wird, so ist ja nachdem man es nimmt, aller Handel oder keiner auf baar Geld, oder nach dem für diesen Fall bedeutsameren französischem Ausdruck, ohne Ziel (sans terme) geschlossen, weswegen im Handelsrecht nicht thunlich war, auf diesen Umstand zu achten; ebenso zu b.) da das Waarenlager des Kaufmanns, als Sammlung ein Ganzes ausmacht, so verliert die Waare in dem Augenblick, wo sie dem Kaufmann geliefert und in dessen Waarenlager gekommen ist, ihre Selbstständigkeit, und wird dagegen Theil jener ganzen zum Mehrschaz gemachten Sammlung, gilt daher im rechtlichen Sinn nicht mehr für unverändert, vielmehr für eine in Bezug auf das vorige Eigenthum untergegangene Sache, welches hingegen bey Fahrnißgegenständen die ein Nichtkaufmann einhandelt, der Fall nicht ist: nicht weniger zu c.) wird zwar in Handels- wie in gemeinen Ganten das Unverändertseyn im Stück erfordert, allein die engere Grenzlinie, welche im Handelsrecht diesem Unverändertseyn gezogen ward, ist ebenfalls Ausfluß der Handelsverhältnisse; wenn auch im gemeinen Leben auf das Unverleztseyn der Packumgebungen es hätte ankommen sollen, so würde das Rücknahmsrecht nicht zu d.) noch auf acht Tage nach der Lieferung an den Käufer haben erstreckt werden dürfen, weil dieser eine gebrauchende Sache nie sich übergeben läßt, um sie dann ungebraucht ja gar uneröffnet bey sich niederzulegen, folglich gewiß allemahl am ersten oder am zweyten Tag sie geöffnet hat. Indem jene Zeitbestimmung eine Folge davon war, daß man in gemeinen Ganten noch nach der Lieferung einer Rückzueignung statt gab, ward in der Handelsgant, wo sie nur vor der Lieferung statt finden

sollte, hierdurch die Zeitbestimmung ohne weiters, als schon hinlänglich gegeben, unnöthig. Ebenso ist zu e.) das Recht der Schuldmasse die Waare gegen Erlegung des Kaufschillings zu behalten, ein Ausfluß davon, daß der Kauf auf Mehrschaz geschah; sie leidet daher auf gemeine Ganten wiederum keine Anwendung, es bleibt nur zu e.) die Pflicht des AuslagenErsazes für den, der die Waare zurückerhält, eine auch in gemeinen Ganten anwendbare Lehre, weil diese aus dem allgemeinen Saz fließt, daß ErhaltungsAufwand ein in jede Hand folgendes Pfand habe, Erl. IV. S. 147., und selbst dem unredlichen Besizer gebührt, Erl. III. S. 287., sofort bis zur Befriedigung ein Innbehaltungsrecht gibt, Erl. IV. S. 115., und weil sie daher nicht bloß aus einer etwa schwankenden Rechtsähnlichkeit unseres A.Sz. 243. abgeleitet zu werden braucht.

252.

Von Ablegung früherer PfandGläubiger.

Daß derjenige, welcher auf einer Liegenschaft ein Nachpfand hat, mit demjenigen der ein Vorpfand darauf hat, übereinkommen könne, ihn abzulegen, und alsdann auch, ohne daß es einer besondern Abtretung des Pfandrechts bedürfe, in die Rechte seines Vormanns eintritt, dieses stellt der Sz. 1251. Abs. 1. außer Zweifel. Aber ob ein Nachpfandgläubiger das Recht habe, einem Vorpfandgläubiger der auf Versteigerung des Unterpfands dringt, auch gegen dessen Willen seine Schuld abzulegen, um in dessen Pfandrechte zu treten, wie es in Rom unter dem Namen des juris

offerendi statt fand, Cocceji J. C. L. XX. T. V. in fine, darüber ist nichts entschieden. Der Hauptgrund dieser Befugniß war, weil durch jene Versteigerung des ersten Gläubigers alle Nachpfänder erloschen. In der rein Napoleonischen Rechtsverfassung fällt dieser ganz weg: weil auf eingetragene Pfänder durch den Verkauf kein Pfandrecht erlöscht, da dieser Erlöschungsweg im Sz. 2180. nicht angenommen ist, und die Sz. 2168. und 2169. hinlänglich zeigen, es könne jeder Unterpfandgläubiger auf Verkauf dringen, und alle müssen aus dem Erlös des Pfands bezahlt werden, ehe es frey wird. Damit fällt jene römische Grundlage des Ablegungsrechts weg, und es ist nicht leicht ein Fall gedenkbar, wo es noch ein Anliegen eines Nachpfandgläubigers seyn könnte, durch erstrittene Ablegung in die Rechte seines Vormanns zu dringen. Inzwischen da der Sz. 1236. sagt: einer Verbindlichkeit kann der Schuldner durch einen Jeden der dabey betheiligt ist (mithin auch durch den Nachpfandgläubiger) entladen werden: und da der Saz 1251. dem Eintritt in die Rechte eines abgelegten vorzüglichen Gläubigers kraft Gesezes statt gibt, also ihn nicht von dem guten Willen des Gläubigers abhängig macht, so ist kein Zweifel, daß diese Befugniß der Ablage noch jezt dem Nachpfandgläubiger, wie jedem andern Betheiligten zukommt, und ihm den RechtsEintritt in das Vorpfand verschafft.

Digitized by Google

253.

Unterpfandsrecht auf Gewerbladen oder Waarenvorräthe.

Da Waarenvorräthe ja selbst Gewerbladen so weit sie aus der Gesammtheit einer gewissen Waarensammlung und ihrer beweglichen Behälter bestehen, fahrende Haabe sind (St. 11.), so können sie zu keinem ausdrücklichen Unterpfand dienen, Sz. 2114.: aber zu einem ausdrücklichen Faustpfand könnten sie werden, jedoch nur alsdann, wenn der Gläubiger oder ein Dritter der Ladenvorsteher würde, weil die ehemalige Lehre, daß ein handhabendes Pfand oder Faustpfand auch durch den Schuldner bewahrt werden könne, Leyser CCXXIII. Med. 2., dem Code Napoleon zuwider ist, Sz. 2076. Endlich zu einem stillschweigenden Unterpfand dienen sie auch, da alle gesezliche Vorzugsrechte zugleich Unterpfandsrecht in sich haben, Sz. 2113., und es Vorzugsrechte auf Fahrniß gibt, die allerdings auch auf ganze Waarensammlungen gedenkbar sind, z. B. Miethzins, ErhaltungsAufwand. Auch hat die ehemals eines ausführlicheren Beweises bedürftige Frage: ob dieses Unterpfandsrecht, das auf dem Laden haftet, auch der einzelnen daraus verkauften Waare nachfolge, Leyser CCXIV. Med. 6., v. Günderode sämml. Werke Th. 2. St. 2. §. 4., bey uns keine Wichtigkeit mehr, so wie sie eine solche schon vorhin in jenen deutschen Reichsländern nicht hatte, welche dem Grundsaz: Hand muß Hand wahren, treu blieben, v. Günderode a. a. O. §. 6. Anm. 10., weil kein Unterpfand auf Fahrniß der Sache in die dritte

Hand

Hand folgt, Sz. 2119., sogar daß selbst liegenschaftliche Zubehörden, die von der Liegenschaft getrennt sind, mit der Pfandklage nicht verfolgt werden können, Sz. 2114 a. Desto wichtiger aber ist für unsere Zeiten die andere Frage, welche Wirkung einzelne Vorzugsrechte auf einzelne Waaren im Zusammenstoß mit Vorzugsrechten auf dem ganzen Waarenlager oder Laden haben. Daß a.) Vorzugsrechte auf solchen einzelnen Waaren, die noch unverändert, wie sie ankamen, vorhanden sind, jenen auf dem Laden vorgehen, läßt sich nicht bestreiten: denn Frachtkosten und Restkaufschilling haben solchen an jeder vorhandenen Waare, Sz. 2102. Abs. 4., (wo in der Uebersezung statt Geräthschaften, zu lesen ist: Fahrnißstücke). Da das Gesez jene, die an einen Handelsmann verkauft und in ein Waarenlager aufgenommen worden, nicht ausscheidet, so darf der Richter hier keinen Unterschied machen, zumahl da das hier ausgesprochene Recht der Rückzueignung, wenn die noch unveränderte Waare erst kurz vor dem GantAusbruch in die Hand des Schuldners kam, im Handelsrecht ausdrücklich wiederholt und näher bestimmt ist, A.Sz. 240—249. Daß b.) Vorzugsrechte auf Waaren, die schon unter andere gemischt sind, oder sonst eine wesentliche Veränderung erlitten haben, nicht mehr statt finde, folgt aus der Bemerkung, daß jeder Untergang der Pfandsache das Pfandrecht erlöschen macht, Sz. 1302., Erl. IV. S. 233., verbunden mit der weitern, daß jede unwiderbringliche Vermischung mit andern Sachen, und jede Umgestaltung der vorigen Form ein Untergang der alten Sache, und der auf ihr haftenden Rechte und eine Herstellung einer neuen Sache unter veränderten Sachenrechten ist, Sz. 566—574.; ebendasselbe

bestätigt sich durch das Gesez, daß um eine Waare in der Rückzueignungszeit als Eigenthum zurückzunehmen, sie noch im Stück die Nemliche seyn müsse, A.Sz. 240—244., wofür offenbar eine solche veränderte Waare nicht mehr gelten kann. Aber zwischen diesen beeden äußersten Fällen liegt ein Dritter mitten inne, dessen Entscheidung nicht so leicht zu finden ist: nemlich der, wenn eine Waare angebrochen, aber noch zum Theil, und zwar in unbezweifelter Selbstheit (Identität) vorhanden ist, ein Fall, der zwar wegen dem Beweis etwas schwierig, aber gar nicht unmöglich ist, man denke z. B. an einen gezeichneten Stübich mit Kaffee, der nur eröffnet und etwas davon herausgenommen ist. Hier kann man sagen: eine Sache hört dadurch nicht auf, die nemliche zu seyn, daß ihre Menge oder ihr Umfang vermindert wird, das Unterpfandsrecht ist ein untheilbares Recht, das auf einer zusammengesezten Sache nicht bloß im Ganzen, sondern auch einzeln nach allen seinen Theilen und auf jedem Theil haftet, Sz. 2114., und der theilweise Untergang einer Sache zerstört dergleichen auf Theilen wie auf dem Ganzen haftende Rechte nicht, Sz. 624., hierdurch wäre dann die Ausübung des Vorzugsrechts auf eine solche theilweise vorhandene Waare hinlänglich begründet. Dagegen aber könnte gesagt werden: der A.Sz. 244. erfordere dazu, daß ein Stück das Nemliche sey, α) es müßten die Behälter noch nicht eröffnet, die Zeichen nicht abgenommen, und die Waare weder in der Eigenschaft noch Menge einer Veränderung unterworfen worden seyn, und obwohl β) dieses dort nur in Bezug auf das Rückzueignungsrecht ausgesprochen sey, so fordere doch das Pfandrecht ebensogut das fortdauernde Daseyn der nemlichen

Sache, also auch jene Eigenschaften, zumahl γ) kein Grund abzusehen sey, warum das Eigenthum mehr Eigenschaften der Sache als das Pfandrecht erheischen sollte. Inzwischen zu α) wer den Sz. 244. genau erwägt, besonders das Gewicht der Worte: „welche — und wovon," der wird sich leicht überzeugen, daß der mit dem lezten, und wovon angehängte Beysaz des Unerösnetseyns u. s. w. keine Erklärung oder Bestimmung des mit dem Wort „welche" vorausgeschickten Erfordernisses, das Nemliche zu seyn, darstelle sondern eine Erweiterung auf eine Verbindungsweise (copulative) nöthige zweyte Erforderniß; indem aber unter dieser Ansicht jener Saz nicht sagt, daß eine Waare welcher jene Eigenschaften mangeln, aufhöre die Nemliche zu seyn, so kann zu β) auch die Nothwendigkeit bey Vorzugsrechten, daß die nemliche Sache vorhanden sey, deren sie anhängen, nicht erfordern, daß jene Eigenschaften die nur für jenen Fall hinzukommend verlangt sind, auch für die Ausübung eines Vorzugsrechts nöthig seyen, für welches kein Gesez das Hinzukommen zu der Eigenschaft des unveränderten Gegenstandes begehrt; auch ist zu γ.) der Grund für beede Verordnungen sehr verschieden: wer das Eigenthum zurücknimmt, der entzieht der Schuldmasse auch den Gewinn, der bey dem Wiederverkauf zu machen ist, nicht bloß den Kaufschilling und die Auslage, wer aber sein Vorzugsrecht ausübt, der nimmt bloß das vorzüglich hin, was als Bedingung auf dem Erwerb der Sache haftete; man konnte daher wohl Ursache haben, die Zurücknahme an engere Schranken zu binden, als die Ausübung des Vorzugsrechts.

Inzwischen entsteht dennoch eben aus lezterem Gesez

Digitized by Google

noch ein neuer Zweifel. Der A.Sz. 246. sagt: die Gemeingläubiger könnten die Zurücknahme der Waare abwenden, wenn sie den Kaufschilling dafür an den Absender der Waare baar erlegten. Hieraus möchte man schließen: wenn auf diese Weise das Zurücknahmsrecht dem Verkäufer nicht mehr gibt, als das Nemliche, was auch das Vorzugsrecht des Restkaufschillings gibt, nemlich vorzügliche Befriedigung des Kaufschillings, nicht die Wiederansichziehung des auf den Kauf zu machenden Gewinns, und das Gesez dennoch jenes Zurücknahmsrecht ausdrücklich und weitläuftig bestimmt, so muß es wohl die Meynung gehabt haben, daß kein RestkaufschillingsVorzug auf Handelswaare statt finde, weil sonst jene zweyte Anordnung ganz vergeblich gewesen wäre. Allein bey diesem Einwurf wird unrichtig unterstellt, es gebe in der gemeldeten Lage die Zurücknahme der Waare mehr nicht als daß Vorzugsrecht: wirkt jene in Handelsganten gleich nicht das Recht, den Gewinn wieder an sich zu ziehen, den etwa der Käufer gemacht hat, weil jeder Käufer hier auf Mehrschaz kauft, und es also ein bestimmungsmäßiger Gewinn ist, der ihm ohne sein Verschulden nicht entzogen werden darf, so wirkt er dennoch ein Recht auf alle Fälle, die Waare oder sein ganzes Geld zu erhalten, wo hingegen das Vorzugsrecht oft den Käufer ohne Waare und Geld durchfallen läßt, so oft nemlich in der ersten Klasse und unter den übrigen Gläubigern der zweyten Klasse so viel vorgehende Gläubiger zu dieser Sache vorhanden sind, daß die Ordnung der Zahlung ihn nicht mehr trifft.

Wenn demnach Vorzugsrechte auf die einzelnen in einem Laden befindlichen Waaren, und unter diesen selbst jenes des Restkaufschillings (wegen dessen sich noch am meisten

Digitized by Google

zweifeln ließe) ſtatt finden können, und wenn deren daneben auf die Waarenſammlung im Ganzen ſtatt finden, ſo erhebt ſich daraus die weitere Frage, wie die Gläubiger im Zuſammenſtoß zu ordnen ſind. Erſten Anblicks könnte das Natürlichſte ſcheinen in Vergleichung mit Sz. 2218 a. zu ſagen: ſie kommen nach der Ordnung des Titels ihres Pfandrechts, wie er im Sz. 2102. angegeben iſt, und ſo weit ſie gleichen Titel haben, nach dem Vorrang der Zeit, Sz. 2096. und 2097. Dennoch wäre dieſes unrichtig: denn indem jede Sache auf welcher ein Vorzugsrecht haftet, das ein ſachartiges Recht iſt, vergl. Sz. 2114., mit ihrer Laſt dem Laden einverleibt wird, und in das Eigenthum des Käufers übergeht: ſo kann der Gläubiger, der ein Vorzugsrecht am ganzen Laden hat, ſolches auf die Sachen nicht weiter ausdehnen, als ſo weit die Beſtreitung jener Laſt etwas übrig läßt, vergl. Sz. 2125.. Daher muß der Gläubiger mit dem Vorzugsrecht auf der einzelnen Waare vor allen älteren und jüngeren Gläubigern, die den Laden im Ganzen zum Unterpfand haben, befriedigt werden, und nur dasjenige, was davon etwa durch Mehrerlös gewonnen wird, kommt nun — ſo wie es ſonſt den gemeinen Gläubigern zu gut gekommen ſeyn würde, Sz. 2218 a. Abſ. 2. — den LadenGläubigern zu gut, die ſich darinn, ſo wie in den übrigen freyen Erlös, nach landrechtlicher Ordnung theilen.

254.

Unterpfand auf Nuznießung.

Im französischen Recht hat das Unterpfand seine Sicherheit gegen Zugriffe anderer Gläubiger in der Eintragung, Sz. 2134. — mit Ausnahme des Zugriffs wegen Weibergut und Waisengut, das aber nachmals eine Menge rückgreiflich verantwortlicher Personen zur Aftersicherheit hat, Sz. 2135—2139. — gegen die Unzulänglichkeit des Werths hat es seine Sicherheit bloß in der Vorsicht des Gläubigers, dem es frey steht, so viel zu Unterpfand zu verlangen, als er nöthig findet, Sz. 2132., und wenn diese Freiheit mißbraucht wird, in der Befugniß das Unterpfand bis auf den anderthalbfachen Betrag der Schuld zu mindern, Sz. 2161. Das war eine Einrichtung, welche auch bey Nuznießungen, welche der Sz. 2118. Abs. 2. für Pfandgegenstand erklärt hat, ihre vollkommene Anwendung fand. Die erste Bearbeitung zu einem Landrecht für Baden, suchte mit Beybehaltung dieser Formen im Wesentlichen auch noch die allgewohnten Vortheile der gerichtlichen Gewährung dem Gläubiger zu retten, so weit sie anwendbar waren, und verfügte deswegen, daß bey markſäſſigen Gütern die Werthschäzung vom Ortsgericht gemacht, verbürgt, und dem Gläubiger so wie dem Pfandschreiber vorgelegt werden solle, Sz. 2127 a. Abs. 3., sie beschränkte aber auch, wie gesagt, diese Verfügung auf markſäſſige Güter, und nahm damit unter andern bloße Nuznießungen davon aus. Das eine Aenderung — ob verbessernd oder verschlimmernd, wird die Folge lehren — aussprechende zweyte EinführungsEdikt, sieht

über dieſen an ſich weſentlichen Unterſchied weg, und verfügt allgemein für jedes bedungene Pfand auf Liegenſchaft, welches auch jede Nuznießung in ſich begreift, Sz. 526., eine ordnungsmäßige Schäzung, Erl. IV. S. 587. Daher entſteht nun die Frage: wie ſoll der Pfandſchreiber die Nuznießung ſchäzen laſſen? Bey Nuznießungen, die eine beſtimmte Zeit dauern, wie z. B. eine elterliche, iſt dieſes noch weniger ſchwierig, als bey jenen, die lebenslänglich ſind, und mithin ein ungewiſſes Ziel haben. Freylich kann man auch hier nach Lebenswahrſcheinlichkeiten eine beſtimmte Dauer ausmitteln (St. 227.), aber der Schäzer oder Pfandſchreiber, der ſie verbürgen ſollte, würde oft ſeinen Beutel ſehr in Verlegenheit ſehen: daher bleibt der einzige Ausweg, dem Geſez einiges Genüge zu thun, daß er den Werth der Nuznießung nach der Kunſt ſucht (St. 28.), und nachmals mit einer den Lebensverhältniſſen des Nuznieſſers gemäßen Minderung einen Werth unter Rechtsverwahrung gegen alle Gewährleiſtung angibt.

255.

Unterpfänder auf ungewährten Gütern.

Ob ein Unterpfand vor der gerichtlichen Auflaſſung oder wie es bey uns heißt, vor der Gewährung des Eigenthums von dem neuen Erwerber gültig beſtellt werden könne, darüber theilten ſich die Meynungen, Carpzov Dec. 127., Wernher III. Obs. 25. verneinten es; Berger Dec. 126., Hommel Obs. 96. bejaht ſolches. Für Baden iſt durch das Landrecht, Sz. 1583 a. für erſtere verneinende

Meynung entschieden. Dadurch nun ist Raum geworden für die von Mevius Dec. 137. behandelte Frage: ob ein solches ungültig bestellte Pfandrecht durch die spätere Auflassung oder Eintragung des Eigenthums ins Grundbuch zu Kräften erwachse, und dadurch der nach der Eintragung erst darauf gegebenen Pfandverschreibung vorgehe, welches derselbe bejaht, weil jede Verpfändung einer fremden Sache durch nachherige Erwerbung des Eigenthums zu Kräften erwachse, L. 16. §. 7 ff. de pignor., L. 9. §. 3 ff. qui pot. in pign. Dieser Fall kann bey bedungenen Unterpfändern nach französischem Recht da nicht vorkommen, wo jene Auslegung befolgt wird, daß solches ohne Eintragung nichts wirke; da aber, wo ihm wie in der hierlands angenommenen Auslegung gegen den Schuldner und gegen andere auch uneingetragene Pfand- oder HandschriftsGläubiger noch einige Wirkung beygelegt wird, Erl. IV. S. 166 und 191., da behält die Frage ihre Wichtigkeit, und diese erstreckt sich auch auf solche gesezliche Unterpfandsrechte, welche ohne Eintragung gelten, nemlich jene für Weibergut und Waisengut, Sz. 2135. Nach den Grundsäzen unseres jezigen Rechts ist erstens gewiß, daß die Bestellung eines Unterpfands auf einer fremden Sache nichtig ist, Sz. 2124. verglichen mit Sz. 1599., und daß nur bey Faustpfändern, die wirklich eingehändigt wurden, das Pfandrecht auf einer fremden Sache bestehe, Sz. 2077 a. vergl. mit 1599 b., Erl. III. S. 497. IV. S. 91.; zweitens ist ausgemacht, daß obwohl das Eigenthum durch den Vertrag übergeht, dennoch jede öffentliche und gerichtliche Wirkung des Eigenthums durch die Eintragung in das Grundbuch bewirkt werde, Sz. 1583 a.; drittens ist nirgends diesen

Eintragungen eine rückwirkende Kraft beygelegt, bey jenen der Unterpfänder heißt es ausdrücklich, sie wirken nur von dem Tag der Eintragung an, Sz. 2134., und bey jenen der Käufe ist das Nemliche dadurch als Wille des Gesezgebers hinlänglich zu erkennen gegeben, daß bis zur Eintragung alle dem vorigen Eigenthümer darauf, wenn gleich erst nach dem Verkauf, gelegte Unterpfänder wirksam bleiben, welches nicht seyn könnte, wenn die Eintragung auf den Verkauftag zurückwirkte; endlich viertens sagt unser Gesezbuch nirgends, daß ein auf fremder Sache ungültig bestandenes Pfandrecht durch die EigenthumsErwerbung zu Kräften erwachse. Dieser Saz kann also nur gelten, so weit er als Folge anderer Gesezе gerechtfertigt werden kann; hingegen sagt das Gesezbuch deutlich bey Gelegenheit der Wettschlagung, daß dergleichen von einer freywilligen Handlung der Betheiligten abhängige rückwirkende Befugnisse niemals zum Abbruch der Rechte dritter Personen ausgeübt werden können. Hieraus fließt folgerichtig, a.) daß ein bedungenes Unterpfand das vor der Gewährung des Kaufs gegeben wurde, durch nachgehohlte Eintragung ins Pfandbuch zwar gültig werde, alsdann aber nur vom Tag der Eintragung an wirke; b.) daß ein solches die Wirkungen eines uneingetragenen Pfands auch nicht durch die bloße EigenthumsErwerbung erlange, sondern nur durch eine nachfolgende Genehmigung, die aber ebenmäßig nicht rückwärts noch zum Nachtheil dritter Personen wirken kann, Sz. 1338.; c.) daß das gesezliche Unterpfandsrecht, weil es alle künftige Liegenschaften, Sz. 2122., von der Erwerbzeit an, Sz. 2130., ergreift, jedem erst nachher durch Ge-

nehmigung oder Eintragung zu Kräften erwachsenen früheren Unterpfand vorgehe.

256.

Zahlungsverhältniß mehrerer Unterpfandsgläubiger von gleichem Rang.

Nach dem Napoleonischen Recht kann man mit Schein bezweifeln, ob mehrere Gläubiger, die ein Unterpfandsrecht auf einerley Grundstück ohne Vorzugsrecht haben, und deren Unterpfand an einem und demselben Tag eingetragen ist, gleichen Antheil an dem PfandErlös erlangen, oder nur nach dem ungleichen Verhältniß ihrer Forderung in den Erlös sich zu theilen haben. Für lezteres spricht die Billigkeit und die Uebereinstimmung mit dem römischen Recht, in L. 16. §. 8 ff. de pignoribus. Für Ersteres scheint die Folge aus dem Buchstaben zu sprechen. Denn Sz. 2114. sagt, daß das Unterpfandsrecht untheilbar sey, Sz. 1222. gebietet, daß jeder Mitschuldner einer untheilbaren Schuld sammtverbindlich sey, auch ohne daß die Urkunde es ausspricht; und Sz. 1213. lehrt, daß eine Sammtschuld kraft Gesezes unter den Sammtschuldnern nach Antheilen getheilt sey. Ob nun wohl die gleich versicherte UnterpfandsGläubiger nicht Sammtschuldner sondern Sammtgläubiger in Bezug auf das Unterpfandsrecht sind, so ist doch auch bey Sammtrechten die Vermuthung für die gänzliche Gleichtheiligkeit, Erl. III. S. 154. Allein hier ist sie es nur, so lang nicht aus der Natur der Sache eine andere Theilforderung hervorgeht. Dieses leztere geschieht aber unbezweifelt da, wo

Digitized by Google

die Forderungen für welche das Pfand haftet, ungleich im Betrag sind. Denn indem hier auf jeden Schollen Landes von der Forderung eines jeden der so vielste Theil fällt, als das Verhältniß dieses Schollens zu allen im Grundstück begriffenen ist, so ist offenbar der gleichvielste Theil von beeden Forderungen um so viel bey der einen Forderung größer als bey der andern, als die eine Forderung selbst größer ist, wie die andere. Da nun jeder nach dem Maas seiner Rechtsbetheiligung die Zahlung haben muß, so ist nothwendige Folge, daß der, dessen Schuld größer ist, aus dem Erlös auch im Verhältniß so viel mehr an Zahlung zu erheben habe, um von jedem Schollen Lands gleichen Genuß gehabt zu haben. Zum Ueberfluß hat für Baden solches die Uebersezung des Sz. 2186. erläutert, welcher sagt, die mehrere Gläubiger sollen in ihrer Ordnung bezahlt werden, verbunden mit Sz. 2218a. Abs. 3., welcher diese Ordnung dahin bestimmt, daß wenn sie gleichen Rangs sind, sie nach Verhältniß ihrer Forderung gleichtheilig, oder, wie man es sonst zu nennen pflegt, nach Mehrzahl ihrer Forderung, befriedigt werden sollen. Aber ein Fall scheint dadurch noch nicht entschieden, nemlich der, ob hier, wenn etwa das Verhältniß der Forderungen, wie es ursprünglich war, durch Abzahlungen von ungleicher Größe verrückt worden ist, das ursprüngliche Verhältniß zu berücksichten sey, oder jenes wie es zu der Zeit ist, wo wegen Unzulänglichkeit des Pfanderlöses zur vollen Befriedigung der ganzen Pfandschuld der Zahlungsstreit entsteht. Rechtslehrer der vorigen Zeit nahmen das ursprüngliche Verhältniß zur Richtschnur, Puffendorf T. IV. Obs. 114. Ihr Grund war, weil Pfandrecht ein untheilbares Recht sey, das nur durch

Zahlung der ganzen Schuld aufgehoben werden könne, und durch Theilzahlung keine Veränderung leiden dürfe. Die erste Folgerung aus dem auch im Napoleonischen Recht angenommenen Vordersaz der Untheilbarkeit ist richtig: aber die Folgerichtigkeit der zweiten läßt sich mit Fug in Anspruch nehmen. Denn gerade darum, weil die Pfandschuld nicht für sich untheilbar ist, sondern durch die Natur des Pfandes es wird, vergl. Sz. 1217. und 1221. Abs. 1., muß nun der Gläubiger, wenn er Theilzahlung annimmt, sein untheilbares Pfandrecht als dadurch getheilt, und um so viel gemindert ansehen, da es nur ein Anhang und Zugehörde der Hauptschuld ist, und keinen größeren Umfang haben kann, als diese hat, mithin indem es für ein untheilbares Ganzes haftet, jederzeit nur das als das untheilbare Ganze, wofür es haftet, angesehen werden kann, was zur selbigen Zeit vorhanden ist, es habe sich nun auf rechtmäßigen Wegen gemehrt, z. B. durch einseitige Zinsaufschwellungen, oder gemindert, z. B. durch Theilzahlungen. Für Badens Recht wird dieses dadurch über allen Widerspruch erhoben, weil dieses sagt: aus dem Erlös des Pfands soll die Zahlung geschehen — nicht nach Verhältniß des Schuldtitels — nicht nach Verhältniß der ursprünglichen Schuld — sondern nach Verhältniß der Forderung; worunter alles das einläuft, was zu der Verkaufszeit der Gläubiger mit Bestand Rechtens zu fordern hat, es sey mehr oder weniger als die ursprüngliche Schuld. Dieses stimmt auch ganz zu der Ansicht, woraus die Rechtfertigung der ursprünglichen verhältnißmäßigen Theilung der Forderung ausgeht. Diese beruht, wie wir oben sahen, darauf, daß bey einer gleichen Idealtheilung nach Schollen, die jedem gleich voll-

Digitized by Google

ständig für das Ganze verbunden sind, nothwendig jeder Theil, also auch der stellvertretende Erlös desselben, nach Mehrzahl der Forderung belastet erscheint. Denn dieser Grund trifft nicht bloß den ursprünglichen Schuldbetrag, sondern auch jeden zu jederzeit bestehenden Betrag, da er nicht aus der Natur der Schuld und ihrer Größe, sondern aus der Natur des Pfands ausgeht, die sich immer gleich bleibt, also nothwendig in verändertem Zahlenverhältniß treten muß, wenn in dem ihr gegenüber stehenden Glied des Verhältnisses, nämlich der Schuld, eine Veränderung des Betrags vorgeht.

257.

Erbrecht als ErsitzungsTitel.

Ob, wie die Erl. IV. S. 305. sagen, auch das Erbrecht ein unter der Allgemeinheit der EigenthumsTitel Sz. 2229. in das neue Gesezbuch eingeführter ErsitzungsTitel sey, hat darum bezweifelt werden wollen, weil vorhin schon strittig gewesen sey, ob ein solcher SammtEigenthumsTitel ohne einen hinzukommenden Son, derEigenthumsTitel des Erblassers zu einer gewöhnlichen Ersitzung hinreiche, welches z. B. zwar Berger in El. Proc. poss. Th. 35. Huber ad Wesenbec L. 41. T. 5. behauptet hingegen Brunnemann ad L. ult. ff. et L. 1. C. pro haerede, Huber ad ff. eod., Wernher II. Obs. 399. läugnen, weswegen also durch die in obigem Gesez geschehene Erforderung eines EigenthumsTitels der Streit für gelöst nicht gelten könne. Allein die Lösung braucht im Einzelnen nicht zu geschehen,

Digitized by Google

sobald die Gründe, woraus der Streit ausgeht, nicht mehr in der neuen Gesezgebung liegen; diese Gründe liefen nun in zwey Hauptpunkte zusammen, nämlich einmahl der Erbe, indem das ganze und das alleinige Recht des Verstorbenen auf ihn übergehe, besize nothwendig da ohne Titel, wo der Erblasser ohne Titel besessen habe, mithin könne Erbrecht keinen EigenthumsTitel vorstellen; zweytens mehrere (wiewohl durch andere Gesezе stark aufgewogene) Entscheidungen des römischen Rechts begünstigten diese Ansicht. Dieser leztere Grund geht uns im neuen Recht offenbar nichts an, Erl. IV. S. 566. nur auf den ersten dürfen wir einen Blick werfen. Daß der Erbe in das ganze Recht des Verstorbenen eintritt, dieses kann jezt um so weniger geläugnet werden, da sogar Besiz und Gewähr der Verlassenschaft kraft Gesezes auf den Erben übergehen, Sz. 724. Hingegen eine andere Frage ist, ob das alleinige Recht des Verstorbenen auf ihn übergehe, oder ob nicht das Gesez oder der lezte Wille der ihm die Erbschaft überträgt, verbunden mit der Erbantretung einen hinzukommenden besonderen Erwerbtitel bilde. Für das lezte spricht folgendes: a) die ganze Oertlichkeit der Abhandlung über das Erbrecht, über welches die Gesezverfügungen gleich den ersten und Hauptitel des Buchs von den verschiedenen Arten Eigenthum zu erwerben ausmachen, deutet dahin, und eben so; b) der Sz. 711., welcher sagt, Eigenthum wird erworben und auf Andere übertragen durch Vererbung. Auf beydes kann man zwar antworten: Eigenthum werde wohl dadurch erworben, nämlich ein Sammteigenthum am Ganzen, welches aber noch kein SonderEigenthum an den einzelnen Sachen

Digitized by Google

gebe. Allein obwohl sie nicht jedem ein SonderEigenthum gibt, nämlich nicht demjenigen der Mängel des Besiz-Titels des Erblassers kennt, also unredlicher Besizer wird, Sz. 550., so gibt sie solches doch dem Erben als redlichen Besizer auf alle in der Verlassenschaft befindliche Sachen, dieses ist Folge davon, daß das Besizrecht alle Wirkungen des Eigenthums hat, so lange nicht ein stärkeres Recht oder ein stärkerer Besiz, durch jemand geltend gemacht ist, Sz. 544. e., und daß jede Inhabung im Zweifel für EigenthumsInhabung gilt, weil sie ein Theil der VerfügungsGewalt eines Eigenthümers ist, deren Trennung nie vermuthet werden soll, Sz. 544. a.; c.) Der Halbvertrag der Erbantretung, Sz. 1100. de., ist offenbar ein neuer, der zu denen Titeln des Verstorbenen hinzukommt: indem jemand eine Erbschaft ohne Vorbehalt antritt, erklärt er damit, daß er alle darinn vorgefundene Sachen, so weit nicht eine fremde Angehörigkeit erscheint, als die Seinen übernehmen, und dagegen den Gläubigern derselben gerecht seyn will. Daß nicht nur das Lezte sondern auch das Erste in der Erbantretung liege, dafür zeugt laut die aus solcher hervorgehende Rechtsvermischung, vermög welcher die Sachen des Erblassers nun aufhören als die Seinigen betrachtet zu werden, sondern kraft Gesezes für Sachen des Erben gelten, Sz. 802., Vergl. mit 1300; dafür zeugt d) ferner die Befugniß, die auch jenen Rechtsfolgern gegeben ist, die kraft eines allgemeinen Titels, also durch das Samut-Eigenthum, in ein SonderEigenthum eintreten, den Besiz ihres Vorfahren zu dem ihrigen zu rechnen oder nicht, Sz. 2235., und besonders der Umstand, daß sie nur im ersteren Fall, wenn sie aus dem Besiz des Erblassers ihre

Verjährung beginnen wollen, dessen Besitzmängel gegen sich gelten lassen müssen, Sz. 2235., a. woraus umgekehrt folgt, daß diese gegen sie nichts wirken, noch ihre Ersitzung hindern, sobald sie ihren Besitz nicht zusammen rechnen, sondern aus ihrem allgemeinen Titel selbst ersitzen wollen, daß folglich ein allgemeiner Titel zur Ersitzung des Sonder-Eigenthums tauglich sey, weil er, wie gesagt, zugleich durch den Halbvertrag als besonderer Titel alle in der Erbschaft ohne Nachweisung auf fremde Eigenthümer vorgefundene Sachen ergreift. Vergebens wendet man hiewider ein c.) er könne zum besonderen Titel vom Gesez nicht bestimmt seyn, sonst würde er das Eigenthum wirklich und nicht nur einem ErsitzungsAnlaß übertragen. Allerdings kann er aus dieser Ursache zu einem gültigen Titel nicht bestimmt seyn, welches auch sehr ungerecht wäre, weil dadurch einem Dritten sein Eigenthum ohne dessen hinzutretendes Verschulden entgieng, aber zu einem schwankenden Titel, nämlich zu einem solchen, der ohne hinzugekommene Ersitzung ungültig, mit hinzugekommener Verjährungszeit gültig ist, kann er darum wohl bestimmt seyn, indem ja das ganze Rechtswesen der Ersitzung dafür erfunden ist, um ungültige, oder eigentlich halbgültige, d. h. nur gegen gewisse Personen, aber nicht an sich selbst ungültige RechtsTitel vollgültig zu machen, weswegen der Sz. 2267. nur solche Rechtstitel, die in der Form also allgemein gegen jedermann, ungültig sind, unfähig erklärt eine Ersitzung zu begründen. Eben so unbedeutend ist f.) der Einwand, daß derjenige, der einmahl für einen Andern besaß, immer für solchen fortzubesitzen vermuthet werde, Sz. 2231.; denn der redliche Erbe besitzt nie für einen Andern, die Besitzab-

sicht

sicht des Erblassers stirbt mit seinem Kopf, und geht gleich der Ideenkraft auf den Erben nicht über. Scheinbarer ist noch g.) der Einwand, daß auch Erben derer, die Gunstweise innhaben, nicht ersitzen können, Sz. 2237., woraus mit Grund zu folgern ist, es könne der Erbe eines völlig unredlichen innhabenden Erblassers nicht besser daran sey, als der Erbe dessen, der die Sache Gunstweise, mithin auf erlaubte Art inne hatte, es müsse folglich allgemein jeder Erbe dessen, der eine fremde Sache besaß, von der Ersitzung ausgeschlossen seyn. Allein man erwäge nur wer derjenige sey, an den gefordert werden könne, sich als Nachfolger einer gunstweise oder gar unerlaubter Weise innehabenden Person anzusehen, und desfalls von der Ersitzung ausgeschlossen zu achten? Sicherlich nur derjenige welcher weiß, oder — was einerley ist, welcher unter den Erbschaftspapieren finden kann, und also wissen soll — daß sein Erblasser in Bezug auf diese Sache Innhaber eines fremden Guts war! diesemnach kann und soll dieser Saz mehr nicht sagen, als daß derjenige Erbe, der dieses weiß, seinen Erbtitel nicht zur Ersitzung benuzen könne, was dann aber gar wohl damit besteht, daß dieser Titel dem, der dieses nicht wußte, noch wissen konnte und sollte, zum ErsitzungsTitel diene. Man mag zwar sagen, wann er es auch vorhin nicht wisse, so erfahre er es doch zu der Zeit, wo nun ein ehemaliger Eigenthümer seine Ansprache erhebt, und da er nun alsdann erst in den Fall komme, seine VerjährungsEinrede zu benuzen, so sey er durch jenen Saz ausgeschlossen, jenen Titel dafür benuzen zu können. Allein gleich voraus hat man auch die Betrachtung zu machen, daß dieser Einwand irgendwo fehlerhaft seyn müsse, weil derselbe nicht nur

diese Art der Ersizung, sondern eine Jede trifft, und also alle Ersizung beseitigen müßte, wenn er Grund hätte. Dieser Fehler liegt nun darin, daß unterstellt wird, als ob das Hintennach Erfahren gleiche Wirkung habe, als das Vorherwissen. Rückwirkungen einer Handlung können ohne Gesez niemals eintreten. Ein Gesez das hier das Hintennach Erfahren für rückwirkend erklärte, ist nicht vorhanden, vielmehr das klare Gegentheil, in dem Sz. 2269., welcher sagt, es ist hinreichend, daß die Erwerbung anfangs redlich geschah, womit er deutlich erklärt, daß ein Hintennach Erfahren des Fremdseyns der Verjährung nicht schade, Erl. IV. S. 331. Endlich h.) spricht für die Zulässigkeit des Erbtitels noch besonders Sz. 228., denn obwohl Sz. 2236. und 2237. gesagt hatten, wer gunstweise besize, der könne so wenig selbst als wenig sein Erbe ersizen, so ordnet dennoch Sz. 2238., daß alle diese Personen verjähren können, von dem Augenblick an, wo durch einen Widerspruch, den sie dem Recht des Eigenthümers entgegen sezen, der Rechtstitel ihres Besizes sich ändert. Dieses geschieht aber allemahl durch die unbedingte Erbantretung oder Eintragung in Erbverzeichnisse, wodurch man erklärt, man wolle nun die Sachen nicht mehr als fremd, sondern als eigene ansehen, mithin muß Erbrecht ein gültiger VerjährungsTitel seyn. Aber man merke wohl; die unbedingte nur ist es, die dieses wirkt. Wer mit Vorbehalt der ErbverzeichnungsVorsicht antritt, wird nur Verwalter fremden Guts, so lange, bis alle Schulden bezahlt sind, Sz. 803., und kann sowohl deswegen, als wegen Sz. 2257., Abs. 1. vor Erfüllung jener Bedingung nicht anfangen zu ersizen.

258.

Verlassung des Eigenthums als ErsitzungsTitel.

Der Rechtstitel der EigenthumsVerlassung (pro derelicto) ist im Napoleonischen Recht nicht aufgenommen, Erl. IV. S. 307. Aber wie soll es — so wurde jüngst gefragt — mit dem Fall gehalten werden, wenn ein zerfallenes gemeinschaftliches Haus von Einigen der MitEigenthümer wieder aufgebaut wurde, indessen ein weiterer MitEigenthümer durch Versagung der Mitleidenheit sich dessen nicht annimmt. Hier ward ehemals erkannt, daß wenn er hintennach Theil nehmen wolle, er wenigstens nach Verlauf der Ersitzungszeit — aus dem Grund abzuweisen sey, weil er das Eigenthum verlassen habe. Leyser CCCCLVI. Med. X. Schon in der alten Verfassung möchte die Folgerichtigkeit der Entscheidung mit Grund haben in Anspruch genommen werden können. Denn galt jene Weigerung für eine Verlassung, so waren die übrigen Theilnehmer im Fall einer rechtmässigen Bemächtigung (occupatio) des verlassenen Theils, und bedurften mithin für deren Behauptung keiner Ersitzung. Konnte sie aber nicht für Verlassung gelten, so erzeugte sie auch den Titel der Verlassung zum Behuf einer Verjährung nicht, der nur da eintritt, wo ein NichtEigenthümer eine Sache verließ, und ein Anderer sie, in Meynung, sie sey vom wahren Eigenthümer verlassen, durch die ErsitzungsZeit inne hatte. Noch weniger kann dieser RechtsTitel jezt im neuen Recht in Anwendung kommen. Deswegen kann vorgedachter Fall aller-

Digitized by Google

dings nun nicht mehr auf die alte Weise entschieden werden; aber regellos ist er dadurch nicht geworden. Die Wiedererbauung kann in solchem Fall, als etwas unverschieblich nothwendiges, auch gegen den Willen der MitEigenthümer geschehen, Sz. 577. bb.; sie ist daher in Bezug auf den nicht Einwilligenden nicht nur eine Geschäftsführung, wodurch der GeschäftsHerr für alles verbindlich wird, was ihm als Verbesserung wirklich zu gut kommt, Sz. 1375. a. sondern eine wahre gesezliche Pflicht. Die MitEigenthümer können ihn also nicht nur auf Mittragung der Kosten des Baues voraus belangen, sondern sie können auch nachher gegen Ueberlassung des Antheils am neuen Bau durch die Klage aus der Geschäftsführung den KostenErsaz verlangen, und zwar nicht bloß so weit er jenen zu gut gekommen ist, sondern so weit er zum Nuzen aufgewendet wurde; sie können endlich das Ganze auf ihre alleinige Kosten errichtete Gebäude nuzen und behalten, bis der Andere auf die Einhändigung seines Theils klagt, um alsdann mittelst Einrede der Innebehaltung dessen Antheil der Baukosten zu fordern; sie können aber niemals, so lang sie nicht auf Theilung — die nachmals die Kostenausgleichung von selbst mit sich bringt, werkthätig hingearbeitet haben, eine Ersizung dieses Theils des gemeinschaftlichen Eigenthums zu ihren Gunsten geltend machen, ausser in so fern dieser Zustand dreyßig Jahr gedauert hätte, mithin sowohl die Klage auf Theilnahme für den nichtbeytragenden Miteigenthümer als die Klage auf KostenErstattung für die bauenden Mitglieder verjessen wäre, wodurch alsdann, ohne daß es eines ErsizungsTitels bedürfte, die Verjährung vollendet wäre, Sz. 2262.

Digitized by Google

259.

Lauf der Verjährung im Krieg.

Ob ein Krieg den Lauf der Verjährung hemme, darüber theilten sich die Meynungen der Rechtslehrer sehr: einige sagten unbeschränkt, Ja! Andere eben so, Nein! noch Andere forderten örtliche Wirkungen des Kriegs, oder gar völliges Stillstehen der Rechtsverwaltung dazu, Struben III, 5. Unser Recht spricht bestimmt die Regel aus: „die „Verjährung läuft wider alle Personen, welche nicht in einem Gesez ausgenommen sind," Sz. 2251. Nachmals benennt es die einzelnen Fälle, in welchen es Ausnahmen statt gibt, und unter diesen steht der Kriegszustand nicht, Sz. 2252.—2259. Daraus folgt, daß dieser den Lauf nicht hemme, wo nicht ein anderer Saz unseres Gesezbuchs, Sz. 6b., oder ein nachfolgendes Gesez ihm eine hemmende Kraft beylegt. Aus dem Geist des Code Napoleon kann man mehr nicht ableiten, als daß jene Zeiten, wo der Verjährende der Kriegslage wegen, erweislich ausser Stand war, etwas zu Unterbrechung der Verjährung zu thun, aus der VerjährungsRechnung ausfallen müssen, denn diesen Ausfall bringt das natürliche Recht mit sich, ihn bestätigt der Geist unseres Gesezbuchs, das jeden aus Uebermacht oder höherer Gewalt entspringenden Nachtheil von den Rechtsfolgen der Nachlässigkeit frey erklärt, Sz. 1954. Mehr ist auch im Allgemeinen mit Billigkeit nicht auszusprechen, weil heutiges Tages gewöhnlich die Kriege so geführt werden, daß niemand lang anhaltend gehindert ist, seinem Hauswesen nachzusehen, mithin Verjährungen zu bemerken und zu un-

Digitized by Google

terbrechen. Wo aber einmahl ein ſolcher Fall eintreten würde, da iſt es Sache der Staatsregierung am Schluß oder im Lauf deſſelben durch ein weiſes Zeitgeſez dem Krieg dieſe Wirkung beyzulegen, wie es einſt nach dem dreyßigjährigen Krieg in Deutſchland geſchah.

260.

Pfändungen als Beſizunterbrechung.

Die Pfändungen des Eigenthümers an fremden Sachen, die zu ſeinem Nachtheil auf ſeinem eigenen Grund und Boden betreten werden, finden noch jezt ſtatt. Erl. III. 302. IV. 116. Aber der alte Saz, daß Pfändungen, als Beweiſe eines nicht ruhigen Beſizes, die Erſizung ſeiner Gewähr noch vielmehr jene der Rechtszuſtändigkeit hindern, Cramer 1. Obs. 86., wenigſtens ſobald die Pfändungsurſache angegeben iſt, Mevius III. Dec. 93., kann nur mit vieler Vorſicht in die jezige Rechtsverfaſſung übergetragen werden. Alles kommt jezt darauf an, hat ein oder der andere Theil der Pfändung innerhalb Jahr und Tag Folge gegeben, d. i. in demjenigen Zeitraum, der zu Verſizung der Eigenmacht und Erſizung der Beſizgewähr erforderlich iſt. Dieſes kann geſchehen vom Pfänder, wenn er innerhalb Jahr und Tag den Zuſtand, auf welchen das in Streit gezogene Recht Bezug hat, genau in Aufſicht nehmen läßt, und jede neue Ausübungsvollziehung des Gepfändeten ebenmäſſig pfändet: alsdann hat dieſer, ſobald mehrere Pfändungen den Zwiſchenraum eines Jahres ausfüllen, ohne daß jener durch eingereichte Klage die Pfändungen in ihrer

Rechtswirkung zu vernichten vermochte, den Besitz eines ausschliessenden Rechts gegen den Andern ersessen, bey dem er (so lange nur von Besitzwegen die Frage ist) geschüzt werden muß; hier läßt sich der Saz, daß eine Pfändung keinen Besitz gebe, Mevius l. c. nicht einwenden. Hat auf der andern Seite der Gepfändete die Rechtsausübung nachher wie vorher fortgesezt, und der Pfänder sein Widerspruchs-Recht weder durch weitere Pfändungen, noch durch eine bey dem Richter eingereichte Besitzklage rechtlich mit Wirkung behauptet, so hindert jene Pfändung den Rechtsbesitz des Andern und die Ersitzung seiner Gewähr in keine Wege, sie gibt mithin dem Pfänder keinen entgegenstehenden Besitz. Als Unterbrechung wirkt nämlich in diesem Fall die Pfändung nicht: denn unser Gesezbuch kennt nur drey Unterbrechungsarten — einmahl wenn der Besizer das Recht des Andern anerkennt, Sz. 2248., das thut aber derjenige nicht, der (der Pfändung unangesehen) sich nach wie vor bey der Ausübung des Rechts erhält — zum andern wann der Besizer wegen seines Besizes vor Gericht geladen wird, Sz. 2245, dieses erfolgt durch eine blosse Pfändung eben so wenig — zum dritten, wenn der Besizer über ein Jahr des Genusses einer in Frage stehenden Sache beraubt wird, Sz. 2243., dieses geschieht aber durch eine solche unverfolgt gebliebene Pfändung auch nicht. Als Besitzunterbrechung kann sie daher nicht wirken. Nun erfordert zwar der Sz. 2229. zur RechtsErsizung auch noch ausser der Ununterbrochenheit, daß der Besiz ruhig sey, und scheint damit noch etwas weiteres zu fordern, wie dann auch für einen ruhigen Besiz derjenige nimmermehr gelten möchte können, der durch Pfändungen eines Gegners ge-

stört wird. Allein ich bemerkte schon anderwärts, daß in unserer Besitzbeschreibung das Wort ununterbrochen auf die natürliche Besitzfortdauer und das Wort: ruhig auf die rechtliche Besitzfortdauer gehe; beede zusammen also die Abwesenheit der natürlichen und gesezlichen Unterbrechung bezeugen, unter das leztere Wort aber nichts einzuziehen sey, was nicht nach dem Gesez zu einer Unterbrechung rechtlich vereigenschaftet ist, Erl. IV. S. 289. Ob man also wohl im gemeinen Leben jeden angefochtenen Besiz für nicht ruhig hält, so ist es doch nach unserem Recht nur derjenige der gewaltsam ergriffen wird, (oder eigentlich auch nach dem Wort des Grundtexts paisible zunächst ausgeschlossen werden soll), Sz. 2233., oder der so angefochten wird, daß dadurch der Besiz verloren gieng, und über Jahr und Tag verlpren bliebe.

261.

AnfangsZiel der Klagverjährungen.

Bey Verträgen, die eine durch geraume Zeit andauernde Erfüllung haben, wie z. B. ein Pachtvertrag, ein Vollmachtsvertrag, kann die VerjährungsZeit der Klage sehr verschieden berechnet werden, nämlich entweder a.) vom Tag des geschlossenen Vertrags an, oder b.) vom Tag des geschehenen Ereignisses, das der VertragsKlage zum Anlaß dient, z. B. wo der Pächter einen Weinberg widerrechtlich ausrottete, der Gewalthaber eine aufgetragene Handlung verrichten konnte und sollte, und sie unterließ, u. s. w. oder c.) vom Tag an, wo gewiß wird, daß dieses Ereigniß dem

Kläger zu einem nur durch die Vertrags-Klage abzuwendenden Nachtheil gereiche, z. B. von dem Tag an, wo er die Ausstoklung in Erfahrung brachte, wo er sah, daß andere Mittel den unterlassenen Auftrag nachzuhohlen vergeblich sind. Die leztere Meynung vertheidigt Struben IV. 203., weil erst da der Zeitpunkt angehe, wo die Klage unter den gegebenen Umständen hätte angestellt werden können. Dieser Grund ist hinfällig, denn wenn auch der Versuch anderer ausheugender Rechtswege ein vernünftiger Anlaß seyn kann, einstweilen mit der Klage wider eine Vertragsperson, durch die man in Schaden kommt, an sich zu halten, so enthält doch dieses keine Unmöglichkeit die Schadensklage früher anzustellen; der Schaden ist einstweilen immer da, und man kann also fürsorglich auch ihm durch vorläufige Anzeige der einstmahligen Klage, oder durch Beysadung des einstmahligen Beklagten, zu denen zuvor zu versuchenden gütlichen Auswegen zur gerichtlichen Sprache bringen; es ist demnach kein Grund da, warum der Gesezgeber hier die Verjährung nicht laufen lassen sollte. Keiner der desfalsigen Säze unsers Landrechts B. III. Tit. XX. Kap. 4. gibt auch für einen solchen Stillstand eine Ermächtigung. Das Gegentheil bestimmt vielmehr die Rechtsähnlichkeit des Sazes 2257., a.) der die Pfand-Rückforderungs-Klage vom Tag der Verpfändung an laufen läßt, ohnerachtet nicht schon mit diesem der Fall der Rückforderung eintritt, ebenso der Sz. 2263. der den Rententitel vom Tag der Ausstellung an in 30 Jahren vorsizen läßt, nicht erst vom Tag der unterbliebenen Zahlung der Rente. Aber eben daraus kann man nur auch versucht werden anzunehmen, daß nicht erst zu b.) vom Tag der Beschädigung an, sondern schon von Entstehung des Ver-

trags an die Versizung laufe, aber dieses würde dennoch irrig seyn. In Absicht aller Vertragsschuldigkeiten, deren Herbeyführung lediglich von der Willkühr des Klagenden abhangen, läuft die Verjährung vom Tag des Vertrags an; so viel beweisen obige Säze richtig. Ganz verschieden davon ist eine Vertragsschuldigkeit, deren Herbeyführung erst von einer Beschädigung, also von der Handlung des Gegentheils oder dritter Person abhängt. Hier ist wahrhaft der Kläger im Fall, Klagen auf eine Fürsorge nicht eintreten lassen zu können, ehe der Anlaß dazu eingetroffen ist; hieher lassen sich daher obige Rechtsähnlichkeiten nicht anwenden, sondern hier entscheidet der Sz. 2237., in dem er sagt, die GewährleistungsKlage laufe wider den Käufer erst von der Entwährung an, also nicht von der Zeit des geschlossenen Kaufs.

262.

Versizung der GewährleistungsKlagen.

Die GewährleistungsKlage geht unmittelbar auf bessere Herstellung einer mangelhaften VertragsErfüllung, und nur mittelbar, so weit diese nicht geschieht, (gleich jeder LeistungsKage, Sz. 1142.), auf Entschädigung. Dieses ist die Ursache, warum die deutsche Benennung sie zu den Leistungen (praestatio facti) im Gegensaz gegen Lieferungen, (praestatio rei) rechnet: eben dasselbe ist auch die Ursache, warum sie von dem allgemeinen Haufen der Entschädigungsklagen aus Verträgen durch eine eigene Benennung ausgehoben, und von ihnen unterschieden behandelt

wurden. Von den Klagen aus Vergehen und Verſehen, unterſcheidet ſie ſich weiter darinn, daß man bey der GewährleiſtungsKlage bloß aus der Thatſache der Entwährung oder der Mangelhaftigkeit ausgeht, und die Frage von einem dabey einlaufenden Vergehen oder Verſehen des Gewährſchuldners ganz bey Seite liegen läßt. Eben darum aber hat man kein Recht, das auf ſie zu übertragen, was von der Verſizung anderer EntſchädigungsKlagen, ſie gehen nun aus Verträgen, oder aus Vergehen und Verſehen aus, geſezt iſt. Ihr Verſizungsrecht muß aus dem Landrecht eigens erforſcht werden. Zu deſſen Erkenntniß muß man die verſchiedenen GewährleiſtungsFälle vor Augen nehmen. Die Klage findet ſtatt:

A.) Für Entwährung einer Sache, die man von einem Andern durch Theilung, Sz. 884., durch belaſtete Schenkung, Sz. 952. a. durch Eheſteuerſazung, Sz. 1446., durch Verkauf, Sz. 1625., durch Geſellſchaftsvertrag, Sz. 1845., oder durch Vergleich zu Eigenthum, oder durch Beſtand, Sz. 1721., oder Leihe, Sz. 1891. zum Genuß erhält. Ueber die VerſizungsZeit der Klage in dieſen Fällen ſagt das Geſez nirgend etwas; nur über deren Anfang ſagt es, daß die Verſizung zu laufen nicht anfange, ehe die Entwährung eingetreten iſt. Aus jenem Schweigen muß man abnehmen, der Wille des Geſezes ſey, es ſollten jene Klagen dauern, ſo lang als die auf Perſonen haftende Rechte insgemein, das heißt 30 Jahre, Sz. 2262., und dieſes bleibt auch in dem Geiſt des Ganzen, denn wir finden faſt überall nur die Klagen die auf Anfechtung gehen, auf kürzere Zieler verwieſen; von denen, die auf Aufrechthaltung der Verbindlichkeiten abzielen, nur jene, welche gemeine Lebensbe-

Digitized by Google

dürfniſſe betreffen. Nun gehört die GewährleiſtungsKlage zu jenen, welche Aufrechthaltung des Vertrags bezielen, aber nicht Lebensbedürfniſſe zum beſtimmten Gegenſtand haben, das heißt, zu denen, wobey kein AbkürzungsGrund eintritt.

B.) Für Mängel einer Sache hingegen hat die GewährleiſtungsKlage gegen die vorige faſt durchgehends geänderte Beſtimmungen erhalten. a.) Die allgemeine Regel iſt, wo Waare gegen Preis gegeben wird, d. h. wo ein UmſazVertrag vorhanden iſt, ſey es nun, daß Eigenthum wie bey dem Kauf, oder nur Genuß, wie bey dem Beſtand, umgeſezt wird, da muß in kurzer Friſt die Klage angeſtellt werden, ſobald ſie auf Zurücknahme der Waare gerichtet wird, Sz. 1648., wozu bey GewährleiſtungsKlagen der Kläger wahlweiſe befugt iſt, Sz. 1644; wie dieſe Kürze näher zu beſtimmen ſey, wo Sondergeſeze und Orts-Gebräuche ſie nicht beſtimmt haben, ſiehe Erl. III. S. 536., b). die beſondere Regel für Gewährleiſtung der Zahlungsfähigkeit eines Schuldners, den man an einen andern abtritt, iſt bey Gelegenheit der Erbtheilungsklagen auf fünf Jahre beſtimmt, Sz. 886. Dieſes gründet nicht in der Natur der Erbtheilungen, wie daraus erhellet, daß nicht jeder aus ſolchen Theilungen hervorgehenden Gewähr im Sz. 884., ſondern nur jener einzigen Art, dieſe Friſt vorgemeſſen iſt; ſondern es beruht auf der nothwendigen Wandelbarkeit der Zahlungsfähigkeit der Perſonen, und der daraus entſtehenden Unbilligkeit, die Klage länger dauern zu laſſen, als zur hinlänglichen Erkundigung und zur ſicheren Beweislichkeit anpaſſend iſt; es findet daher auch da ſeine Anwendung, wo bey andern ForderungsUebertragungen der Gläubiger für

die Güte des Schuldners die in der Regel nicht schuldige Gewähr zu leisten hat, Sz. 1694. c.) Die besondere Klage wegen Gewährleistung des Maafes durch Preis-Minderung sowohl im Kauf, Sz. 1617. — 1619., als im Pachtvertrag, Sz. 1765. geht in Jahresfrist vom Tag des geschlossenen Kaufs an, verloren, Sz. 1622. Eben diese Frist dient daher auch zur Rechtsähnlichkeit für den unter a. gedachten Fall der Mängel, wenn dabey nicht auf Zurücknahme, sondern nur auf Preisminderung geklagt wird. d.) Die Gewährleistung für die Verhältnißmässigkeit eines im Kauf gezahlten Preises, welche durch die Verkürzungsklage zu suchen ist, verjährt sich in zwey Jahren vom Tag des Verkaufs an. Hingegen e.) die Gewährleistung gegen Baumängel, Sz. 1792. und 2270., so wie f.) die Gewährleistung gegen Verkürzung in Theilungen, Sz. 887. ingleichem g.) jede Gewährleistung gegen Gefährde, als die alle durch Umstossungs-Klagen gesucht werden, dauert zehn Jahre, Sz. 1304.

Hieraus ist die allgemeine Regel abzuleiten, die Gewährleistungsklagen wegen Mängeln sollen nur **mehr oder minder kurze**, aber alle doch **abgekürzte** Verjährungsfristen haben; die längste ist zehn Jahre, wo also nicht eine besondere Rechtsähnlichkeit mit einer kürzeren in einem unbenannten Fall vorhanden ist, da muß diese zehnjährige in Anwendung kommen.

Digitized by Google

263.

Von der Versizung der Entschädigungs Klagen.

Dreyßig Jahre ist für alle auf Personen und Sachen haftende Klagen die längste Zeit ihrer Dauer im Napoleonischen Recht, Sz. 2262. Aber weit würde man fehlen, wenn man sie für Regel ansehen wollte, da sie nur Ergänzung der unter den verschiedenen desfallsigen Titeln genannten Arten der einzelnen Verjährungen seyn soll, Sz. 2264. Nur auf jene VerjährungsGegenstände bleibt obiger ErgänzungsSaz anwendbar, welche nicht unter eine der besonders genannten Gattungen nach Wort und Geist des Gesezes gehören. In Absicht dieser besonderen Gattungen findet sich gleich Anfangs so viel, sie sind alle Abkürzungen, nirgends Verlängerungen jener allgemeinen ErgänzungsFrist. Die Ursachen der Abkürzung theilen sich in verschiedene Klassen. Die Weitumfassendste ist die Abkürzung wegen Schwierigkeit und Unzuverlässigkeit der lang verzögerten Beweisführung, und diese trifft unter andern ganz vorzüglich alle EntschädigungsKlagen, deswegen finden wir auch bey allen benannten Arten, die nicht durch VertragsKlagen zu suchen sind, kurze VersizungsFristen. Nur Entschädigungen die mit der VertragsKlage einzufordern sind, kommen nicht unmittelbar als solche, sondern als VertragsAusfluß in Frage, die auf sie gerichtete Klage ist keine eigene, ist nicht Hauptsache, sie ist nur Nebensache der VertragsKlage und ergänzender Theil derselben. Den allgemeinen Rechtsgrundsäzen gemäß dauert demnach auch

hier die Klage auf Entschädigung so lang als die Vertrags-Klage selbst. Aller Schaden aber den jemand leidet, trifft entweder VertragsVerhältnisse, oder er trifft Person und Vermögen selbst. (Damnum in contractu, damnum extra contractum datum). Derjenige, der auf VertragsVerhältnisse sich bezieht, zerfällt in zwey Gattungen: solcher, der die Entstehung oder Auflösung der Verbindlichkeiten betrifft, und solcher, der ihre Erfüllung angeht. Der leztere ist ein solcher, der mit der VertragsKlage eingeklagt werden kann, mithin derjenige, von welchem zuvor gesagt ist, daß die Verjährung sich nach der Versizung der Hauptklage richtet. Der erste ist von der Art, daß die Hauptentschädigung nur durch Umstossung, entweder der geknüpften Verbindlichkeit, oder ihrer widerrechtlichen Auflösung erfolgen kann; die UmstossungsKlage ist demnach hier die Hauptklage, mittelst welcher die Entschädigung zu suchen ist, und mit deren alsdann auch anhangsweise aller noch nebenher etwa zu leistende Ersaz gesucht und erlangt wird. Dieser ist eine zehenjährige VersizungsZeit allgemein vorgemessen, Sz. 1304. Diese nämliche Zeitfrist ist angewendet auf EntschädigungsKlagen gegen den Vormund, wegen übelverwalteter Vormundschaft, Sz. 475., und auf EntschädigungsKlagen wider Baumeister, wegen unhaltbarer Bauanlagen, Sz. 2270. In allen diesen Fällen ist kein Unterschied, ob aus Versehen, z. B. Irrthum, oder aus Vergehen, z. B. Betrug, Zwang, Gefährde, die Klage ausgeht. Wann nun ohnerachtet die VertragsKlagen gewöhnlich 30 Jahre dauern, die aus Vergehen und Versehen in VertragsVerhältnissen ausgehende Klagen dennoch auf zehen Jahre herabgesezt seyn sollen, so muß der Gesezgeber in der Natur der Vergehen und Ver-

Digitized by Google

sehen etwas gefunden haben, um deswillen das gemeine Wohl einer Verkürzung erheischt. Was dieses sey ist nicht schwer zu entdecken; denn wer sich erinnert, daß die Gerechtigkeit der aus jenen widerrechtlichen Betragen ausgehenden Klagen auf der richtigen Kenntniß und Uebersicht aller einschlagenden Umstände mehr als irgend andere beruhen, und deswegen bey ihnen deren genaue Angabe ganz besonders vorgeschrieben ist, Sz. 1117. b.; wer bedenkt, daß solche Umstände gewöhnlich nicht anders als durch die von den Gesezen so wenig als möglich begünstigte unvollkommene BeweisArten der Zeugen dargethan werden können, Sz. 1348., Abs. 1.; wer endlich die LebensErfahrung hinzufügt, wie wenig es einem Menschen möglich sey, nach einer langen Reihe Jahren seines Gedächtnisses bis auf kleinere Nebenumstände sicher zu seyn: der findet gewiß hierinn Grundes genug für jene Abkürzung. Dieser Grund trifft aber nun völlig eben so sehr die andere Gattung jener aus Vergehen oder Versehen entspringende EntschädigungsKlagen, nämlich jene, die Vermögen und Person ausser VertragsVerhältnissen treffen. Wenn nun das Gesez im Sz. 1382. und 1383. für diese auch ein Klagrecht aufstellt, aber ihrer Verjährung nicht besonders gedenkt, so weiset jedoch jene Gleichheit des Grundes, und die Rechtsähnlichkeit der darauf gebauten Entscheidung auch dieser Klagegattung die gleiche Versizbarkeit an, Sz. 4. a. und für unser Badisches Land muß dieses um so gewisser gelten, weil es bey diesen aus Sz. 1382. und 1383. ausgehenden Klagen ausdrücklich auf jene EntschädigungsRegeln zurückweiset, welche für Vergehen und Versehen in VertragsVerhältnissen gegeben sind, Sz. 1382. e. und 1383. a., und damit eine vor

Augen

Augen gehabte Gleichheit beyder Fälle hinlänglich an den Tag legt.

Was hingegen die AnfangsZeit dieser Versizung betrifft, so ist hier ein Unterschied zu machen zwischen jenen Entschädigungen, die mit eigenen Klagen, oder aus eigenem Recht, und jenen die mit VertragsKlagen, oder aus Vertragsrecht gesucht werden. Bey jenen der ersteren Gattung lauft die Versizung von dem Tag des bekannt gewordenen Vergehens oder Versehens an. Dieses beweiset der Sz. 957., der die UndanksKlage von Kenntniß der Ursach an verjähren läßt, und der Sz. 1304., der die BetrugsKlage vom Tag der Entdeckung an, der Verjährung unterwirft. Bey VertragsKlagen auf Schaden ist zwar auch die Vertragsschliessung nicht das AnfangsZiel der Versizung, jedoch wird in der Regel hier nachmahls nicht der Tag der erlangten Kenntniß, sondern der Tag der geschehenen That als derjenige geachtet, von welchem an die Klage lauft, weil erst durch den geschehenen Schaden die EntschädigungsKlage möglich wird, und sie folglich auf den Fall bedingt ist, daß ein solcher geschehe, die Verjährung aber nicht läuft gegen bedingte Forderungen, ehe die Bedingung erfüllt ist, Sz. 2257. Diese nach römischem Recht allgemein gültige Rechtswahrheit leidet jedoch in unserem Recht eine Einschränkung, wenn von der längsten oder dreyßigjährigen Versizung die Rede ist. Hier geht nach Sz. 2263. alle VertragsKraft und Wirkung einer Urkunde, die nicht erneuert wird, durch jenen Zeitablauf verloren da nun eine VertragsKlage nicht anders als durch den Vertrag, und dieser nicht anders als durch seine Urkunde begründet werden kann, so folgt aus diesem hinzutretenden

Digitized by Google

Umstand, daß wenn gleich der Anfang des Laufs einer Verjährung auch hier auf den Tag der Entschädigung für bedingt angenommen wird, doch dafür nachmals mehr Zeit nicht übrig bleibe, als die VertragsKlage überhaupt in ihrer längsten Dauer währen kann, mithin wenn keine Vertrags-Erneuerung oder VerjährungsUnterbrechung sie verlängert, nur so lang, als lang die Zeit ist, welche zur Zeit des geschehenen Schadens noch an der Frist übrig war.

264.

Verjährung der Baumängel.

Man hat hier und da dem Napoleonischen Gesezbuch zu einem kleinen Uebersehen angerechnet, daß es in seiner Einfachheit doch Sachen unnöthig zweymahl vortrage; wozu man dann auch die Verordnungen über Verjährung der Baumängel im Sz. 1792. und 2270. rechnete. Allein so wie anderwärts, wo eine Verdopplung vorkommt, solche ihre gute Gründe hat, Erl. II. S. 7., so ist das auch hier der Fall. Der Sz. 1792. sagt im Titel von Werkverdingen: „für „ein im Ganzen in Bau genommenes Werk, das ganz oder „zum Theil durch Fehler der Bauart, oder des Bodens zu „Grunde geht, müsse der Baumeister oder Bauunternehmer „zehen Jahre lang gutstehen.“ Der Sz. 2270. sagt: „Gegen Baumeister und Bauunternehmer ist für die Werke, die „sie gemacht oder besorgt haben, nach zehen Jahren die Gewährleistungs-Klage verjessen.“ Hier ist freylich zweymahl von zehen Jahren in Bezug auf Baumängel die Rede, aber das erstemahl, um anzuzeigen, daß der Baumeister

so gut für die Mängel haften müsse, die noch im Lauf des zehenten Jahres sich ergeben, als für die des ersten Jahrs, das andermahl um zu lehren, daß für einen Baumangel, der erschienen ist, sey es nun am Anfang oder am Ende jener Zeit, und der also einer Gewährleistung Plaz macht, die Gewährleistungs-Klage von der Entdeckung an, noch zehen Jahre dauere. Beede Säze handeln also von verschiedenen Gegenständen, der eine von Verjährung der Verantwortlichkeit für Baumängel, der andere von Versizung der Entschädigung für einen unverjährten Baufehler.

265.

Verjährung der Bedürfniß-Zahlungen.

Dasjenige was für die täglichen Lebensbedürfnisse zur Schuld erwächst, soll nach Sz. 2271. und 2272. zum Theil in sechs, zum Theil in zwölf Monaten verseſſen werden. Dagegen hat der Sz. 2273. dieser Verjährung die Eigenthümlichkeit gegeben, daß noch der Eid über nicht geschehene Zahlung zu Beseitigung derselben zugeschoben werden kann, welches bey allen andern Verjährungen nicht statt findet. Eben darum, weil dieses eine Eigenthümlichkeit dieser benannten kurzen Versizungen ist, findet es nicht statt, sobald jenen Forderungen eine andere, obwohl auch kurze Verjährung entgegen gesezt wird. Alle jene Lebensbedürfniß-Forderungen — unter denen namentlich auch die Kostgelder-Forderungen der Hauswirthe vorkommen, sind nicht nur in Beziehung auf den Schuldner Preise von Lebensbedürfnissen, sondern meistens auch in Bezug auf den Gläubiger Zeit-Ein-

nahmen, weil man sie monats- halb Jahrs- oder Jahrsweise als Früchte des treibenden Gewerbes zu erheben pflegt. Nun unterwirft der Sz. 2277. alles, was von Jahr zu Jahr oder in kürzeren Zielen zahlbar ist, und unter diesen auch ausdrücklich abermahls Kostgelder, der endgültigen keiner Gegenrede der Nichtzahlung unterworfenen Versizung von fünf Jahren. Diesemnach ist derjenige, der einer Rechnung für Lebensbedürfnisse diese fünfjährige Versizung entgegen stellt, nicht weiter schuldig, auf einen NichtzahlungsEid sich einzulassen; und das hat seinen guten Grund, indem mit der blossen gesezlich belehrenden Vermuthung der Zahlung, die aus der ersteren Art der kurzen Versizung hervorgeht, der Zweck der abgekürzten Verjährung bey gewissenhaften Personen, die gern unnöthige Eide vermeiden, nicht erreicht wäre, nämlich der Zweck, den Staatsbürger vor der Nothwendigkeit zu bewahren, eigene QuittungsArchive aufzuspeichern, Erl. IV. 343.

266.

Rettungskauf gestohlener Sachen.

Gestohlene Sachen kann, gegen die sonstige Eigenschaft des Fahrnißbesizes, der Eigenthümer in drey Jahren vom dritten Innhaber unentgeltlich wieder fordern; drey Ausnahmen nimmt der Code Napoleon an, a.) wenn die Sache auf einem Markt, oder b.) in einer Versteigerung, oder c.) von einem Handelsmann, der mit solcher Waare handelt, erkauft worden; in diesen Fällen soll der Werth erstattet werden, Sz. 2280. Ein vierter Fall d.) wenn dem wah-

ren Eigenthümer ohne diesen Kauf die Wiederforderungs-Gelegenheit entgangen seyn würde, mit andern Worten, wenn es ein Rettungskauf gewesen, der im gemeinen Gerichtsgebrauch auch dahin gezählt wird, Struben III. 4. liegt nicht in den Worten unseres Gesezes, auch scheint er nicht in seinem Geist zu liegen, weil die Gründe jener drey Ausnahmen offenbar darinn zusammen laufen, daß in jenen Fällen der Käufer nicht prüfen konnte, ob die Sachen gestohlen seyen, und nicht Ursach hatte, HerkunftsUntersuchungen anzustellen, zum Theil auch mit darin, daß jene VerkaufsArten um des gemeinen Bestens willen besonders sichergestellt und bevorrechtet sind. Mag inzwischen immer dieser Saz nicht Rechtsquelle für die vierte Ausnahme seyn, so bleiben doch die Rechtsgründe, woraus diese in der alten Rechtsverfassung abgeleitet wurde, noch jezt bestehen, nämlich weil ein Kaufschilling unter solchen Umständen mit einem RettungsAufwand rechtsähnlich ist, Sz. 1381. a.; weil dessen Ausgabe eine wahre und nüzliche Geschäftsführung enthält, als wozu nicht nöthig ist, daß etwas wissentlich für einen Andern besorgt werde, Erl. III. S. 278., und weil alle auf die Erhaltung der Sache eines Andern verwendete nöthige und nüzliche Kosten selbst dem unredlichen Besizer ersezt werden müssen, Sz. 1381., Erl. III. S. 287.

267.

Wechsel der Handelsfrauen.

Die Wechselordnungen einzelner Handelsplätze, und die Lehren einzelner Rechtslehrer waren so nachsichtig gegen

Digitized by Google

Handelsfrauen, daß, obwohl ihnen Wechselausstellungen erlaubt wurden, dennoch hier und da aus solchen wider sie kein persönlicher Verhaft erkannt wurde, Berger E. D. F. Tit. V. Obs. 3. Nr. 1. Wernher V. Obs. 217. Diese Höflichkeit dem neuen Recht anzubequemen, scheint Manchen der Sz. 2066. eine gute Gelegenheit, weil dieser sagt, daß gegen Frauenspersonen der Verhaft wegen Verbindlichkeiten nur im Fall einer Hintergehung angewendet werden dürfe, also Wechsel nicht ausnimmt. Allein der Sz. 2070. sagt auch, daß jenes Gesez mit dem ganzen Titel, worinn es steht, wider die besonderen Gesetze, welche den Verhaft in Handelssachen erlauben, nicht angezogen werden dürfe. In dem Handelsrecht sagt A.Sz. 186. aa. allgemein, daß Wechsel den Verhaft zur Folge geben, und muß also eben so allgemein wirken, Sz. 6. a. bis aus dem Handelsrecht eine Ausnahme gezeigt werden kann. Der A.Sz. 186. ac. der die Ausnahmen bestimmen will, und deswegen jene Staatsbürgerklassen nennt, welche auch in Wechselsachen nicht zum Verhaft verbindlich werden sollen, nimmt unter sie die Handelsfrauen nicht auf. Der A.Saz. 2. sezt dieselbe den minderjährigen Entlassenen gleich, welche, obwohl sie in der Regel verhaftsfrey sind, Sz. 2064. doch in Handelssachen ganz als volljährig gelten, Sz. 487. mithin auch dem Wechselverhaft unterliegen, und der Sz. 113. indem er sagt, die Unterschrift eines Wechsels von einer Frauensperson, die nicht Handelsfrau ist, wirke für sie nur handschriftliche Verbindlichkeit, bezeugt eben durch die Einschränkung auf Nicht-Handelsfrauen, daß den Handelsfrauen im Wechselrecht keine Ausnahme zu gut kommen solle.

Digitized by Google

268.

Wechselwerth auf Rechnung gestellt.

Wenn ein Wechsel besagt, daß der Aussteller den Werth in Rechnung habe oder stelle, so wurde ehemals behauptet, aus ihm könne nicht mit wechselrechtlicher Strenge geklagt werden, und es müsse dagegen jede zur Abrechnung dienliche Einrede zugelassen werden, Cramer II. Obs. 607. Aus der Natur der Sache ausgehoben, war diese Entscheidung nicht: denn wer sich wechselrechtlich verbindlich macht, weil er den Werth in Rechnung hat, der bekennt damit seinen Rechnungsstand geprüft, und sich für den Betrag als Schuldner befunden zu haben: kann nun gleich hierwider immer noch im ordentlichen Rechtsweg eine Abrechnung gefordert werden, so geht doch das im Wechselverfahren nicht an, dazu man sich ja eben darum verbindlich macht, um dem Andern Sicherheit gegen weitwendige Prozeßumtriebe zu gewähren, Erl. IV. S. 450. Hat aber der Aussteller gesagt, daß er den Werth in Rechnung stelle, so bekennt er damit für den Werth dem Andern Borgvertrauen zu schenken, und das gilt dann für das Wechselgeschäft eben so, als ob er von ihm mit baarer Zahlung bedeckt wäre, Erl. IV. S. 465., und er darf deswegen wiederum nicht im Wechsel-Geschäft die — erst hinten nach in ihren wechselseitigen Rechnungs-Prozeß gehörige Abrechnungs-Einreden einmischen, soweit es nicht solche sind, die auch bey jeder andern Werthbenennung als Wechsel-Einreden würden haben benuzt werden können. Unser Wechselrecht läßt jenen unnatürlichen Behauptungen keinen weiteren Raum. Indem es in A. Sz.

110. und 188. ausdrücklich die WerthAngabe auf Rechnung billigt, und im Sz. 112., wo der Gesezgeber sagt, welche Umstände einen Wechsel zur Handschrift umstempeln, er dazu die Angabe des Werths auf Rechnung nicht zählt, auch sie eben so wenig im Sz. 149. zu jenen Umständen rechnet, die eine Einsprache wider die Wechselzahlung begründen, und im Sz. 157. dem Richter verbietet, Frist zur Wechselzahlung zu geben, welches doch verdekter Weise geschähe, wo statt baarer Zahlung, ein Beweis, daß sie durch Gegenrechnung geschehen sey, zugelassen würde.

269.

Zurückgabe gezahlter Wechselbriefe.

Unter die Klasse jener Urkunden, welche vermöge der Absicht des Ausstellers jeden Zähler einzuhändigen sind, (St. 121.) gehören auch Wechselbriefe, Wernher III. 85. gewöhnlich drückt dieses ihre Fassung deutlich aus, indem es heißt: Gegen diesen meinen Solowechsel, Auf diesen meinen Primawechsel, u. d. gl. Ist hier und da einmahl diese bestimmte Andeutung der Aushändigung des Wechselbriefs an den Zähler auch in der Fassung nicht zu finden — wie sie dann als Wesenheit keineswegs vorgeschrieben ist — so gehört sie zu den üblichen Vorsichtsgedingen, welche, obschon sie darinn nicht ausgedruckt wären, hinzugedacht werden sollen, Sz. 1160. In allen Fällen sezt daher die Zahlung auch die Ablieferung des Wechsels, oder, wenn er verloren ist, seiner stellvertretenden Urkunde im A.Sz. 147., 150., voraus, wie dieses A.Sz. 157. a. beweiset, nach welchem

Digitized by Google

das TilgungsBekenntniß des WechselInnhabers für den Wechselzähler (welches dem lezteren eingehändigt werden muß) auf den Wechsel geschrieben werden soll. Die Nichtbeobachtung jener Vorsicht der Zurücknahme gezahlter Wechsel ist bey Doppelwechseln in gewissen Fällen sogar entschieden nachtheilig, A.Sz. 148. Wiefern indessen die Unterlassung der Zurücknahme auch in andern unausgedrückten Fällen nachtheilig sey, kam in folgendem Fall zur Sprache: A. stellte für B. einen Wechsel zahlbar zu F. durch C. aus: B. übertrug ihn an D. in L., dieser gab denselben nach vom C. erfolgter Annahme dem X. in Versaz. Inzwischen als der Zahlungstag erschien, meldete sich D. unter dem Vorwand des nicht gleich aufgefundenen Wechsels, bloß mit dem Begleitungsschreiben womit ihm der Wechsel zukam, bey dem C., und dieser in Hinsicht auf den empfangenen Berichtbrief zahlte die Summen an den in sehr gutem Borgvertrauen stehenden D., der aber wenige Tage nachher zu zahlen aufhörte. Nun verlangte X. Zahlung als Pfandinnhaber; C. antwortete, er habe seiner Zeit den Wechsel an D. als Eigenthümer bezahlt, und bekümmere sich um jenes ihm nicht bekannt gewordene Pfandrecht nicht. X. erwiederte, wenn er sich ordnungsmäßig den Wechsel hätte zurückgeben lassen, so würde er die Verpfändung erfahren haben, oder ausser dem Fall geblieben seyn, zu zahlen. C. versezte, diese Zurückforderung sey kein Erforderniß zur Gültigkeit der Zahlung, wogegen aber der X. meynte, wenn sie auch das nicht sey, so sey doch deren Unterlassung eine Nachlässigkeit, wofür D. ihm Entschädigung nach Sz. 1383. schuldig sey. In dieser Lage ward angefragt, welcher von beyden in seinen Behauptungen das bessere Recht für sich habe. Man darf kein Be-

Digitized by Google

denken tragen, für den C. sich zu erklären, Denn alles was die Gesetze über das AushändigungsVerlangen mitbringen, ist bloß das: es sey ein Recht des Zählers, die Aushändigung des Wechsels zu verlangen; nirgends schreiben sie es als eine Pflicht vor, nirgends nehmen sie es unter die aus Sz. 1238. — 1242. und A.Sz. 144. — 147. zu erlernende Erfordernisse der Gültigkeit einer Zahlung; von einer Nachlässigkeit oder Unverständigkeit, die durch die unterbliebene Zurückforderung gegen den X. begangen worden wäre, konnte unmöglich eine Rede seyn, weil C. von der Wechselbetheiligung des X. durch Pfandrecht nichts wußte, und weil da, wo keine Pflicht ist etwas zu thun, die Unterlassung auch für Nachlässigkeit nie gelten kann, weil diese immer eine NichtErfüllung einer Pflicht zur Grundlage haben muß. Das Einzige was stark gegen den C spricht, ist der A.Sz. 148. welcher sagt: wer einen Wechsel auf einen Doppelbrief zahlt, und denjenigen, auf welchen seine Annahme geschrieben ist, zurückzuziehen unterläßt, wird durch diese Zahlung seiner Verbindlichkeit gegen einen dritten Innhaber seines AnnahmsScheins nicht entledigt, aus welchem einzelnen Fall wenigstens nach Rechtsähnlichkeit der Entscheid zu folgen scheint, der, wer auf irgend eine andere nicht einmahl so gut geeignete Urkunde so zahlt, daß sein angenommener Wechsel einem Andern in der Hand bleibt, werde gegen diesen Dritten seiner Verbindlichkeit nicht entledigt. Auch würde dieses wohl allerdings der Fall seyn, wenn wahrhaft gegen diesen Dritten, nämlich den X. der Wechselzähler C. irgend einige Verbindlichkeit aus der Verpfändung erlangt hätte, wie alsdann geschehen seyn würde, wenn X. gemäß dem Sz. 1690. und 2075. den C. von der

Verpfändung gehörig hätte in Kenntniß sezen lassen. Da dieß nicht geschah, so haftet nach deutlichem Ausspruch jener Gesezе in Bezug auf den C. gar kein Pfandrecht des X. auf den Wechsel, und mag daher auch dessen Zahlung nicht als ein Versehen gegen ihn angezogen werden. Ja, gesezt man wollte die Zahlung ohne Zurückziehung des Wechsels allgemein, und mithin auch in dem RechtsVerhältniß zwischen C. und X. als ein Versehen des Erstern ansehen, so bleibt doch unläugbar, daß alsdann nach Sz. 2075. der X. als Pfandinnhaber die unterlassene Benachrichtigung des C. sich ebenwohl als Versehen anrechnen lassen muß, wo dann seine auf das Versehen des Lezteren gründende Ansprache durch sein eigenes Gegenversehen niedergeschlagen wird, Sz. 1148.

270.

SelbstErhebung des Wechsels auf Verfügung.

In vorigen Zeiten machte man einen Unterschied zwischen einem Wechsel, der: auf Hrn. NN. oder dessen Verfügung (Ordre) lautete, und jenen, der auf die Verfügung des Herrn NN. gestellt war; nur bey jenen erlaubte man dem Werthgeber (remittens) die Wahl, ihn selbst zu erheben, oder durch Zuschreibung (indossamentum) an Andere zu übergeben; bey diesen mußte er nothwendig einen Andern zum WechselErheber (praesentans) darstellen, Ludovici Einleitung zum WechselProzeß IV. §. 23., weil man eine solche Absicht aus der

Wortfassung ableiten wollte, in welcher sie doch eigentlich nicht liegt. Denn daß der, wer einen Wechsel kauft, ihn selbst erheben könne, das braucht nicht gesagt zu werden, sondern folgt aus dem Eigenthum von selbst: aber das, ob der Wechselgeber (Trassant) sich und den WerthErstatter (Trassatus) ausser dem Werthgeber auch noch gegen andere, und vierte Personen zum Wechselverhaft verbindlich machen wolle, das bedurfte eines besonderen Ausdrucks: sobald dieser da war, so lag die Gewalt der SelbstErhebung für sich darinn: denn jede Selbsterhebung ist ja auch eine Verfügung, eine Ordre, die man sich selbst gibt. In unserem Wechselrecht ist dieses um so ungezweifelter, weil a.) solches das Wesentliche sowohl als das Natürliche bey der Form der Wechsel sehr genau bestimmt, A.Sz. 110. und 188., dabey aber nicht erwähnt, daß auf einen solchen Unterschied in der Fassung der ertheilten VerfügungsGewalt zu achten sey, b.) weil es im A.Sz. 136. bey der Zuschreibung diese ohne Rücksicht auf die Art der Uebertragung der VerfügungsGewalt für eine Folge des Eigenthums erklärt, mithin bey jedem voraussezt, daß der Werthgeber Eigenthümer sey, folglich auch selbst erheben könne. Uebrigens mag wohl der Fall für diese Frage selten vorkommen.

271.

Wechselklagen gegen WechselUebergeber.

Daß nach erfolgter Absagung eines Wechsels der Uebernehmer oder Innhaber gegen den Uebergeber seinen Rückgriff auf Schaden und Kosten nehmen könne, das war und

Digitized by Google

bleibt auſſer Zweifel; aber ob dieſer Rückgriff im Wechſel-Prozeß ausgeführt werden könne, oder nur im gewöhnlichen abgekürzten Verfahren, darüber war Streit: für das Lezte ſiehe die Gründe bey Wernher I. Obs. 173. und für das Erſte in v. Günderode ſämmtl. Werken, Th. I. St. 2. Nro. 5. Unſer jeziges Wechſelrecht hat die Sache, wenn nicht wörtlich, dennoch vernehmlich genug entſchieden. Der Sz. 164. ſagt: der Innhaber eines abgeſagten Wechſels könne ſeine Klage auf Gewährleiſtung entweder gegen den Wechſelgeber und Uebergeber, jeden beſonders, oder gegen alle zuſammen richten. Gegen den Wechſelgeber, der in der urſprünglichen Wechſelverbindlichkeit ſteht, kann unwiderſprechlich nach Wechſelrecht geklagt werden; iſt nun die Klage gegen die Uebernehmer dieſer gleich geſtellt, ja gar ſie allzuſammen mit einem Verfahren zu ergreifen erlaubt, ſo muß wider die Uebergeber das Wechſelverfahren auch ſtatt haben. Dieſem kommt zu Hülf Sz. 172., der ſo gut auf die Fahrniß der Vormänner als auf jene des Wechſelgebers und WerthErſtatters Beſchlag zu legen erlaubt, mithin ſie einer gleichartigen Verbindlichkeit unterworfen achtet. Es ſpricht ferner dafür, Sz. 186. aa., welcher jeden Wechſelſchuldner, das heißt, jeden der wegen eines Wechſels zur Zahlung verbindlich iſt, dem Verhaftsverfahren unterwirft. Nicht minder unterſtüzt ſolches Sz. 142., der die unter Wechſeln unterzeichnete Bürgen auf gleichen Wegen wie den Wechſelgeber und Uebergeber angreiflich erklärt, und damit nicht nur den Bürgen ſondern auch den Uebergeber mit der den Wechſelgeber treffenden Wechſelklage zu ergreifen erlaubt. Endlich beſtättigt alles dieſes der Sz. 178., der auf jeden Uebergeber ſo gut wie auf den Wechſelgeber Rückwechſel

zum Ersaz zu ziehen erlaubt, die dieser anzunehmen schuldig ist, Sz. 186., und die natürlich Wechselrecht gegen diejenigen auf die sie gestellt sind, wirken, welches nicht gestattet seyn könnte, wenn sie nicht wechselverbindlich wären.

272.

AbsonderungsRecht der HandlungsGläubiger.

Das Absonderungsrecht war zunächst seiner Entstehung nach bestimmt für Gläubiger des Erblassers, dessen Vermögen durch Erbantretung mit jenem des Erben vermischt, und durch den Zusammenstoß mit Gläubigern des Erben zu ihrer Zahlung minder zulänglich wurde. Inzwischen dehnten es die Römer auch auf verschiedene HandelsNiederlassungen eines und desselben Schuldners aus, so daß solche auf Verlangen der Gläubiger als ein unterschiedenes Vermögen behandelt werden mußten, aus deren jedem diejenigen Gläubiger vorzüglich befriedigt zu werden verlangen dürften, die für solche ihr Geld hergegeben hatten, L. 5. §. 15. et 16. ff. de tribut. act. Dieser Erweiterung gedenkt das Napoleonische Recht nicht, weil es überhaupt die Zahlungsordnung der Gläubiger dem Prozeßrechte überläßt. Auch hat diese Frage viel von ihrer Wichtigkeit verloren, nachdem die Vorzugsrechte auf Fahrniß, welche es verordnet, die meisten Gattungen der Ladengläubiger umfaßt, nämlich alle Kaufschillingsreste, Fracht- und Versendungskosten, Miethzinsen, u. dgl. Inzwischen erschöpfen diese dennoch das Feld aller Ladengläubiger nicht, und es kann

daher noch immer Fälle geben, wo es für die Gläubiger der einen Handelsniederlassung wichtig ist, von Jenen der Andern sich abgesondert zu sehen. Für einen solchen Fall beruft man sich mit Recht für dessen Behauptung auf Geist und Rechtsähnlichkeit des Gesezbuchs; die nämlichen Gründe, welche bey dem Römer für die Ausdehnung des ErbabsonderungsRechts auf einen solchen Fall sprachen, dauern noch fort, sie bestehen darinn, daß es unbillig ist, wenn einem Gläubiger, der mit Hinsicht auf ein gewisses Vermögen borgte, Andere die nicht in dessen Hinsicht Gläubiger eines Gemeinschuldners wurden, durch den blossen Umstand, daß beede VermögensStücke ohne ihr Zuthun zusammengeschmolzen werden, in der Zahlung zuvorkommen sollen. Auf diesem Grund beruht das ErbAbsonderungsrecht, überhaupt Sz. 878., auf ihm beruhen die besonderen VorzugsRechte, Sz. 2102. und 2103., imgleichen die Vorrechte der Versender und Kaufbesorger, A.Sz. 93. und 94. Bey dieser fortdauernden Gleichheit der Gründe, und bey der Rechtsähnlichkeit der für Gläubiger des Erblassers gegebenen Entscheidung, muß auch die gleiche Regel zu Gunsten der Ladengläubiger fortbestehen. Für das Großherzogthum Baden erhält diese Lehre noch dadurch eine Verstärkung, daß der Sz. 1293. a. verordnet, es dürfe die Schuld der einen derartigen HandelsNiederlassung oder GewerbsAnlage mit der Forderung einer Andern des nämlichen Schuldners nicht wettgeschlagen werden. Dann dadurch ist die der That nach bestandene besondere und gedoppelte VermögensVerwaltung, auch dem Recht nach für eine solche erklärt. Ist sie aber dieses einmahl, so hat der durch Gantmäßigkeit entstehende allgemeine Gerichtsstand, und die daraus

hervorgehende Vermögens- und Rechtsvermischung auf die Gläubiger des vorhin gesonderten Vermögens die nämliche Wirkung, wie die Erbantretung auf das Vermögen des Erblassers und Erben, und muß also auch in Bezug auf die Dritten dabey betheiligten, und deren unschuldige Gläubiger die nämlichen Rechtsvortheile erzeugen.

273.

Unstatthaftigkeit der Zueignung stellvertretender Gelder.

Ein Kaufmann hatte bey einem Einkauf seinen Handels-Verwalter ersucht, den ersten Wurf des Kaufgeldes aus seinen Mitteln für ihn zu zahlen, welches dieser auch gethan hatte. Als es zu Zahlung des lezten Wurfs an den Verkäufer kommen sollte, blieb der Kaufmann mit der Zahlung im Rückstand, worüber der Kauf zurückgieng, und dieser daher das bezahlte Angeld zurückzufordern hatte. Diese Forderung trat er einem Dritten ab; als dieser aber sie einziehen wollte, machte der HandelsVerwalter, der aus dem Seinigen das Angeld bezahlt, und noch keinen Ersaz erhalten hatte, Einsprache; ihm wurde auch die Forderung vor jenem Rechtsnehmer zugesprochen, a.) weil sein Vorschuß ein auf den Kauf bedingtes Anlehen gewesen sey, das bey dessen Rückgang zerfalle, mithin dem Handelsverwalter die ZueignungsKlage zustehe, und b.) ob zwar diese eigentlich das Vorhandenseyn der zuzueignenden Sache voraussezе, hier aber dessen vorgeschoßenes Geld nicht mehr vorhanden war, dennoch die offenbare Billigkeit es hier rechtfertige,

rechtfertige, über diese Rechtsfeinheit wegzusehen, und auf die Forderung als das Stellvertretende die Zueignungs-Klage zu geben, zumahl e.) sonst eine wahre Argliſt gegen den Gläubiger zugelassen werden würde. Mevius VII. Dec. 152. Allein zu a. ist zwar nicht zu läugnen, daß das Geld des Geschäftsführers, nach klar gewordener Unerreichbarkeit des Zwecks, für welchen es vorgeliehen wurde, hätte durch Zueignungs-Klage zurückgezogen werden können, wenn es im Stück noch vorhanden gewesen wäre; aber zu b. wäre es gegen alle Rechtsähnlichkeit, daß der Gläubiger auch nach verbrauchten Geldstücken, noch die bloſſe persönliche Forderung als eine Sachklage geltend machen, und allen andern Gläubigern damit vorgehen könne: indessen zu c., da der Rechtsnehmer die Einrede wider den Rechtsgeber auf sich nehmen muß, so konnte allerdings jener in dem Fall, wo wirklich eine Gefährde auch nur des Leztern erweislich war, dafür verantwortlich gemacht werden, nur mochte die bloſſe in den Verhältnissen liegende Möglichkeit, daß jene Abtrettung ein Kunstgriff wider den Handlungs-Verwalter habe seyn sollen, für sich allein nicht als Wirklichkeit gelten.

274.

Gültigkeit der Erschleichungs-Einrede.

Das Landrecht erwähnt der Erschleichungs-Einrede nicht, sie hat aber dennoch in solchem ihre hinlängliche Begründung. Erschlichen werden nämlich jene einseitigen Verfügungen genannt, die auf Vorträge einer Parthie vom Gesezgeber oder Richter ertheilt werden, um Rechte gegen Andere zu be-

gründen, wenn dabey in dem Vortrag wesentliche Thatsachen verschwiegen oder verändert dargestellt wurden, so daß man vernünftiger Weise voraussezen darf, bey gehabter Kunde von der wahren Beschaffenheit würde die Verfügung nicht auf gleiche Weise bewilligt worden seyn. Erschleichung ist demnach vom Betrug nur darinn unterschieden, daß man bey lezteren bestimmt die Absicht unterstellt, die Einrichtung des Vortrags sey ein Kunstgriff zu Erreichung der Bitte gewesen, wo hingegen bey der Erschleichung man dahingestellt seyn läßt, ob der unrichtige Vortrag aus Nachlässigkeit und Uebereilung, oder aus Vorsaz ausgeflossen sey. Sie ist im Grunde nichts als eine gemilderte BetrugsEinrede, und sie zielt immer gleich dieser dahin darzuthun, daß die Bewilligung der Verfügung auf einem Irrthum über das Wesen der Sache, oder über die Eigenschaft des Rechtsgeschäfts beruhe. Da nun ein solcher Irrthum jede WillensErklärung vernichtet, Sz. 1110., und da jede wissentliche Veranlassung eines solchen, sie sey vorsäzlich, oder aus Nachlässigkeit und Unverstand entsprungen, ein Recht auf Entschädigung gibt Sz. 1382. und 1383., welche eben in der Vernichtung des erschlichenen Rechts allein besteht: so hat damit die ErschleichungsEinrede hinlänglichen Rechtsgrund.

275.

Die LehensVerkaufsBewilligung kommt den LandErben nicht zu gut.

Der Fürst L. hatte dem Lehenmann X. bewilligt, daß er das Lehen innerhalb zehen Jahren an einen Andern, der sich

Digitized by Google

zum Lehenmann darstellen wolle, verkaufen dürfe. Nach fünf Jahren starb er ohne LehensErben und das Lehen war noch unverkauft. Der Lehenherr wollte es einziehen: der LandErbe aber behauptete, wenn er ihn nicht als Lehenmann annehmen wollte, müsse er ihm noch den Verkauf innerhalb dem Rest jener Frist gönnen. Da das Badische LehensGrundgesez über diesen Fall nichts entschied, so meynte er, es müsse die Frage nach dem alten Lehensgebrauch entschieden werden, und machte sich deshalb die bey Pufendorf T. I. Obs. 7. ausgeführte Gründe zu Nuz. Der Erbe berief sich auf den Code Napoleon als Landrecht, als allein gültige Norm in der Meynung, daß über die alten EntscheidungsGründe dort der Stab gebrochen sey. Nun war zwar nicht zu leugnen, daß eine Berufung auf das alte Lehenrecht nicht statt findet, da das obgedachte LehnsGrundgesez Art. 36. im Schluß für alle in ihm nicht entschiedene Fälle keineswegs mehr die alten Rechte, sondern lediglich die Rechtsähnlichkeit der gemeinrechtlichen Gesezgebung des Großherzogthums zur EntscheidungsGrundlage zuläßt. Diesemnach kam es allein darauf an, wie die alte gemeinrechtliche Gründe bey Puffendorf nach dem neuen Recht zu würdigen seyen, und was dieses etwa sonst noch zur RechtsAehnlichkeit an die Hand gebe. Der Hauptgrund für die Erben war vorhin, daß a) ein Vertrag auf die Erben übergehe, und daß b) dieses namentlich von einem Vertrag über eine VerkaufsErlaubniß in Bezug auf Pfänder im römischen Recht gesagt sey. Der entscheidende Grund wider sie war, daß zu a) der Uebergang auf die Erben nur von geeigneten Erben zu verstehen war, mithin hier nur auf LehensErben sich beziehen ließ, deren keine

Digitized by Google

vorhanden waren, nicht auf LandErben, die in Bezug auf ein Lehen, gar keine ErbEigenschaft haben, und zu b) daß zwischen der VerkaufsErlaubniß bey einem Pfand und jener bey einem Lehen keine RechtsAehnlichkeit statt fand, weil bey dem Pfand der Erbe so gut wie sein Erblasser, Gläubiger und Pfandherr bleiben, wohingegen bey dem Lehen der LandErbe nicht mehr die Eigenschaft eines LehensErben hat, in welcher der Erblasser die VerkaufsErlaubniß erhielt; daher war c) das ohne Lehensfolger erfolgte Absterben eine solche wesentliche Veränderung der Umstände, die der vorigen Bewilligung den Untergang zuzog, weshalb d) jene Bewilligung, wenn nicht durchaus, doch in Bezug auf bloße LandErben als eine rein persönliche Sache des Erblassers anzusehen ist.

Nun ist zwar zu a) nach L. R. Sz. 1122. nach wie vormals richtig, daß ein Vertrag im Zweifel zugleich als eine mit für die Erben genommenen Vorsicht anzusehen ist; und obgleich zu b) von dem VerkaufsGeding in Bezug auf Pfänder ein eigenes Gesez nicht vorhanden ist, so genügt doch der geordnete allgemeine Uebergang der PfandVertragsrechte auf Erben L. R. Sz. 2083. verbunden mit dem Umstand, daß für das VerkaufsGeding keine Ausnahme gemacht ist, dazu, daß jener Uebergang des PfandGedings als Folgerung aus einem allgemeinen Saz auch hier in Anwendung komme, L. R. Sz. 6. a., so lang die Partheien nicht eine beschränkende Absicht klar an den Tag geben, L. R. Sz. 1159. Allein immer blieb noch richtig (zu a) daß in Verträgen zwischen Lehenherrn und Lehenmann nur der LehensErbe die Eigenschaft eines Erben hat, vergl. LehensGdgz. Art. 29. nur ein solcher würde also etwa die Fortdauer der

VerkaufsErlaubniß haben geltend machen können, auch blieb aus angezeigten Gründen richtig (zu b) daß zwischen PfandverkaufsErlaubniß und LehensverkaufsErlaubniß keine Rechtsähnlichkeit eintreten, und ob zwar (zu c) es schien, als entferne L. R. Sz. 1234. a. die ehemalige Folgerung aus der durch den Tod eingetretenen Veränderung der Umstände, weil kein Gesez vorhanden ist, das für diesen Fall namentlich sie wirksam erklärt, auch die fernere Fortdauer der VerkaufsGestattung weder natürlich noch sittlich unmöglich ist, so verschwindet doch dieser Schein bey näherer Erwägung. Nemlich die dem Lehenmann ertheilte Erlaubniß, das Lehen als Lehen zu verkaufen, ist nur so lang auszuüben möglich, als das Lehen besteht, und dem Lehenmann eigen ist, so wie durch das Absterben das Lehen heimfiel, so gieng das Lehen, als solches, unter, mit ihm mußte also auch jedes Vertragsrecht untergehen, das auf dieser Vertragssache haftete, L. R. Sz. 1302; durch den Heimfall fiel das Eigenthum auf den Lehenherrn kraft Gesezes zurück, der nur den Besiz noch durch Ergreifung erst wieder zu erwerben hatte, LehensGdgsz. Art. 33. und damit ward die Sache für die LandErben fremd, und fiel demnach für sie unter das Verbot des Verkaufs einer fremden Sache L. R. Sz. 1599. Allerdings ward also durch diese Veränderung der Umstände der Fortgebrauch der VertragsErlaubniß natürlich und sittlich unmöglich, mithin der gesezliche Untergang der Verbindlichkeit durch Aenderung der wesentlichen Umstände anwendbar. Ohnehin aber hatte man (zu d) diese Bewilligung selbst in Bezug auf Lehens-, noch vielmehr in Rücksicht auf LandErben nach dem Geist der Badischen Lehensverfassung, als etwas

ſtreng perſönliches anzuſehen, das weder den Erben des Lehenmanns zu Gut kommen, noch die Erben des Lehenherrn binden könne, wie ſolches die Verordnung über den Verfall der LehensAnwartſchaften durch den Tod des Lehensherrn oder Beanwartſchafteten, im Art. 22. hinlänglich ergiebt, noch weniger mochte (e) jener Bewilligung die Wirkung einer Allodialiſirung zu Gunſten der LandErben beigelegt werden, da das Lhgſz. Art. 35. die AllodialEigenſchaft da anzunehmen nicht geſtattet, wo die ehemalige Lehenbarkeit klar, und ein rechtmäßiger EndigungsTitel nicht dargelegt iſt, indem die Erlaubniß ein Lehen, zumahl als Lehen, zu verkaufen, ſchlechthin für einen EndigungsTitel der Lehenbarkeit nicht angeſehen werden kann.

276.

EinwerfungsPflicht bey LehenErbſchaften.

Daß ein Sohn, welcher LehenErbe ſeines Vaters iſt, von deſſen LandErben, von dem er ſchon mehr, als es ihn daran traf, empfangen hatte, abſtehe, erlaubten ihm die vorigen Rechte nicht, ſondern man nöthigte ihn beede mit einander anzutreten, und nachmals in dem LandErbe zum Beſten der übrigen MitErben den Vorempfang einzuwerfen. Leyser CCCCIX. Med. I. Dieſe Nöthigung kann im Großherzogthum Baden nicht mehr ſtatt finden, weil Lehen und LandErbe nach deſſen LehensKonſtitution nichts mit einander gemein haben, daher jeder ſelbſt der Sohn nach Gutfinden das LehenErben antreten, und das Land-

Digitized by Google

Erbe ausschlagen kann. V. Konst. Ed. §. 29. Daraus wollte geschlossen werden, es könne ein solcher Lehensfolger seinen bey Lebzeiten erhaltenen ZuvielEmpfang am LandErbe herauszugeben, wegen wegfallender EinwerfungsGelegenheit in keinem Fall mehr genöthigt werden. Allein geht es gleich auf diesen Weg des EinwurfsAngebens nicht an, so wird doch das Nemliche durch die MinderungsKlage gegen ihn erreicht, sobald sein Vorempfang so viel ausmacht, daß der Pflichttheil zum Schaden der übrigen verkürzt wird. Denn in einem solchen Fall findet dort gegen jeden Beschenkten, der auch nicht MitErbe ist, und das Seinige früher unter Lebenden erhalten hat, die MinderungsKlage statt, Sz. 920. und daher muß selbst derjenige Erbe der verzichtet, noch immer dasjenige hingeben, was die empfangenen Schenkungen den gesetzmäsigen Betrag über den verfügt werden darf, oder den Freytheil übersteigen, Sz. 845.

277.

Anfall und Umfang des RückfallErbes.

Ein Mann, der zwey Söhne und eine Tochter hatte, verheyrathete diese letzte an einem Wittwer, der zwey Kinder mitbrachte, und mit dieser Tochter noch einen Sohn in zweyter Ehe zeugte. Die Tochter starb einige Jahre vor dem Vater; auch der Sohn der zweiten Ehe starb wenige Tage vor diesem seinem Großvater, zu einer Zeit, wo der lezte schon vom Schlag gerührt im Stand der Gemüths-

Digitized by Google

schwachheit war. Von der Verlassenschaft des Großvaters nahmen die zwey Söhne desselben Besiz, und von jener des Enkels, dessen Vater und Halbgeschwister aus erster Ehe. Unter der lezterwähnten Verlassenschaft waren unter andern vier Grundstücke, davon war Eines vom Großvater dem Enkel vor etlichen Jahren übergeben worden, ein zweytes war gegen ein Anderes auch übergebenes eingetauscht worden, ein drittes war verkauft und der Kaufschilling stand noch aus, endlich ein viertes war auch verkauft und der Kaufschilling nach äusserlichen Nachrichten zu dem Verkauf eines andern vorhandenen Grundstücks verwendet worden. An sämmtlich diese vom Großvater herrührende VermögensStücke machten die Erben des Großvaters kraft Rückfallrechts Anspruch, wogegen die Erben des Enkels dieser Ansprache nicht Raum geben wollten, weil der Großvater sich nicht mehr habe zu Ausübung des Rückfallrechts erklären können, wenigstens aber solches Recht auf das eingetauschte und erkaufte Grundstück nicht anwendbar sey. Hieraus entstanden drey Fragen:

A.) Ob ein Rückfallrecht, für das noch derjenige, dem es angefallen war, sich nicht erklärt hatte, vererbt werde?

B) Ob ein eingetauschtes Grundstück, oder

C) ein stellvertretend erkauftes auch zu den Rückfalls-Gegenständen gehöre?

Zu A. wollte a) der Sz. 957. der den Widerruf einer Schenkung wegen nicht erfüllter Hofnung der Dankbarkeit dem Schenker nur persönlich gibt, nicht seinen Erben, wenn jener sich nicht schon dafür erklärt hat, benuzt werden, um zu sagen, daß die nicht erfüllte Hofnung des Schenkers, wie

der Beschenkte ihn überleben werde, nach ähnlichen Grundsätzen beurtheilt werden müsse, man suchte diesem b) damit eine weitere Haltung zu geben, daß das RückfallsErbrecht auf Nachkommen eines Angewünschten auch nur der Person des Anwünschers als Schenker persönlich anhange; endlich c) daß meine Behauptungen in den Erl. II. S. 190. das RückfallsErbe in einem andern ähnlichen Fall des Sz. 766. selbst für eine Art eines gesezlichen Erbtheilvermächtnisses erklärten, und die Pflicht des Begehrens an den Erben darauf für statthaft angäben. Allein das Rückfallsrecht der ehelichen Ahnen auf ihren Schenkungen, ist ein wahres gesezliches Erbrecht Erl. II. S. 109. d. 112. a. wie es auch der Sz. 747. bestimmt benannt: jedes Erbe wird eröfnet durch den Tod Sz. 718., die spätere Antretung wirkt zurück auf den Tag des ErbAnfalls Sz. 777. Sind die Geschenke auf diese Weise vor dem Tod des Ahnen in dessen Vermögen, durch den Tod des Beschenkten wirklich zurückgegangen, so gehen sie mit diesem auch weiter kraft Gesezes auf seine Erben über Sz. 724. Sehr unpassend wird dagegen zu a) aus den Gesezen über den Undank des Geschenknehmers eine abweichende Rechtsähnlichkeit gesucht, denn α) da hier unmittelbare Anwendung der Gesezregeln obgedachtermaasen entscheidend ist, so sind wir nicht im Fall aus Rechtsähnlichkeiten entscheiden zu dürfen, am wenigsten um sie gegen jene rechtsähnliche Folgerungen zu benutzen; sodann β) ist zwischen einem Rückfall aus Undank, der in der Vergeltung eines Vergehens seinen Grund hat, und jenem aus Kinderlosigkeit gar keine Rechtsähnlichkeit gedenkbar, und sieht man γ. vollends die Wortfassung für jenen Fall an, so wird es aus denen ausführlichen Bestimmungen über die Vererbung, die

Digitized by Google

ſonſt in keiner andern Stelle auf ähnliche Art vorkommen klar, daß hier etwas von den gemeinen Regeln abweichendes geordnet werden wollte, das dann nach bekannten Rechtslehren nicht zur Folge gezogen werden darf. Was zu c) meine Vergleichung des Rückfallrechts mit einem Erbtheilvermächtniß in einem ähnlichen Fall betrifft, ſo iſt dieſe zunächſt nur in Bezug auf die Pflicht der Schuldenübernahme gemacht, und durfte alſo für andre Fälle daraus nichts geſchloſſen werden, ohne zu erweiſen, daß ſie innerhalb des Gleichheits Schranken liegen, weil jedes über ſeinen VergleichungsPunkt ausgedehnte Gleichniß hinkt, inzwiſchen hält jenes dennoch auch in dieſer Anwendung die Vergleichung aus. Denn jedes unbedingte Vermächtniß, ohnerachtet es ſtets ein vorderſamſtes AuslieferungsBegehren vorausſezt, geht dennoch gleich von dem Todestag des Vermächtnißgebers auf den Erben des Vermächtnißnehmers über, Sz. 1014., folglich ſteht dieſe Vergleichung den Erben des Großvaters hier nicht im Weg, deſſen Rückfallsrecht noch geltend zu machen. Was aber nachmals deſſen Umfang betrifft, ſo beſtimmt ihn freylich der Buchſtaben des Sz. 747. auf drey Gegenſtände, nemlich auf die im Stück, oder im ausſtehenden Kaufpreis, oder mittelſt einer RückforderungsKlage vorhandene Geſchenke, worunter zu B) die eingetauſchte, und zu

C) die aus VerkaufsErlös wieder erkaufte Stücke wörtlich nicht gehören. Dagegen aber ſuchten jene RückfallsErben geltend zu machen, es zeige die Bewilligung des RückfallErbrechts auf Kaufſchilling und Rückforderungsklagen hinlänglich, daß der Geſezgeber den Grundſaz der Stellvertretung des Worts für die Sache habe wollen eintreten

lassen, die überhaupt in ErbschaftsAngelegenheiten an ihrem Ort sey. Dieses vorausgesezt, sey dann offenbar das eingetauschte oder aus Kaufgeld erworbene Stück in dem Fall einer solchen Stellvertretung für die veräusserte großväterliche Grundstücke. Allein für das Erste ist die Ansicht ganz irrig, als ob hier die Regel der Stellvertretung an ihrem Ort, oder doch vom Gesezgeber besonders vor das Auge genommen sey. Wenn in Erbschaften der Saz gilt: Preis tritt an die Stelle der Sachen; so kommt das aus der Natur der durch die Angehörigkeit an eine bestimmte Person umgrenzten Natur der Gesammtheit: er kann daher auch nur da nach Nothwendigkeit anwendbar seyn, wo diese Angehörigkeit die Grenzlinie macht. Hiernach trifft er freylich bey gemeinem Erbe ein; denn indem der Eigenthümer die Sache umsezt, und den Preis dafür in sein Vermögen zieht, trifft der Erbe zur Zeit seines Erb-Anfalls darinn, zwar nicht die Sache aber den Preis an, mithin ist es Ausfluß aus Sz. 724., daß dieser auf ihn übergeht; es entsteht damit eine nothwendige und unvermeidliche Stellvertretung. Auch noch bey jenem Sonder-Erben trifft er ein, das durch die Angehörigkeit an einer Person seine einzige Umgrenzung hat, z. B. bey dem After-Erbgut, wo die Angehörigkeit an dem AfterErbgeber der gesezliche BestimmungsMaasstab der AfterErbZugehörden ist. Hingegen aus der umgekehrten Wirkung des nemlichen Grunds folgt auch, daß er da nicht anwendbar sey, wo (wie in dem vorliegenden Fall) das Erbe nicht durch eine solche GesammtheitsLinie, sondern durch die Einzelheit bestimmter ErbschaftsStücke umschrieben ist. Hier könnte die StellvertretungsBefugniß aus der Natur eines

solchen SonderErbrechts unmöglich abgeleitet werden: um statt zu finden, müßte sie durch einzelne GesezVerfügungen begründet werden. Eine solche läßt sich aber aus den zwey letzten Stücken der drey im Gesez genannten SonderErbgegenstände nicht folgern: denn wie schon in den Erl. II. S. 108. Lit. b. bemerkt ist, nicht der Grundsaz der Stellvertretung (Surrogation,) sondern der Grundsaz der Selbstheit (Identität) hat jene Gesezverfügungen bestimmt. Diese wollen nemlich sagen: so gut als die eigentliche Vermögensstücke auf Erben übergehen, wenn sie in Grundstücken bestehen; so gut gehen die KaufschillingsReste oder die Rückforderungsklagen, die dem Erblasser zugehörten, auf den Erben über, weil sie ebenfalls vorgefundene Stücke, (nur unkörperlicher Art) sind. Für das Andere, würde selbst alsdann, wenn hier Stellvertretung in Frage käme, solche nicht eine nothwendige, d. h. aus dem Begriff der Verhältnisse fließende, sondern eine willkührliche, d. h. durch besondere Anordnungen zu Stand kommende, seyn müssen; diese ist aber in den gekauften und eingetauschten Stücken genügend nicht vorhanden: denn eine willkührliche Stellvertretung entsteht nach der Anordnung des Gesezbuchs nicht bloß dadurch, daß etwas nach den Gesezen von Zeit und Raum in die Stelle einer andern Sache eintritt, sondern dadurch, daß die Willkühr der betheiligten Personen es dafür erklärt, wie die Sz. 1434 und 1435. hinlänglich darthun; diesem zufolge konnten solche eingetauschte oder aus Kaufgeld angeschafte Stücke nur alsdann für stellvertretend angesehen werden, wann der Beschenkte Chier der Enkel bey dem Erwerb erklärt hätte, daß solche zum Ersaz des Veräußerten dienen sollten, wovon

aber im vorliegenden Fall keine Frage war. Diesemnach durfte hier die Wirkung des RückfallRechts auf diese Stücke nicht zugelassen werden.

278.

Stellung der allgemeinen Unterpfänder des alten Rechts in der Ordnung des Neuen.

Noch lange wird es der Fall bleiben, daß die unter dem alten Recht gültigen allgemeinen Unterpfänder in der neuen Ordnung der Dinge zur Sprache kommen, und daraus die schwierige Frage entsteht, wie sie, welche in dem Napoleonischen Recht keine Stelle erhalten haben, jezt anzusehen, und wohin sie, wenn man sie fortdauern läßt, zu ordnen seyen? Manche springen zwar über diesen Anstand dadurch weg, daß sie solche Unterpfänder sammt den Vorzugsrechten aus der alten Gesezgebung (privilegia praelationis), gar nicht in Anwendung kommen lassen: allein dieses ist ein Todessprung. Zwischen beeden RechtsEinrichtungen ist ein großer Unterschied. Die Vorzugsrechte wirken nichts für sich selbst; so lang kein Zusammenstoß (concursus) und Gegenstoß (collisio) zwischen Gläubigern erscheint, wobey Einer seiner Befriedigung ohne Vorzug gegen den Andern nicht sicher ist, so sind und bleiben jene Vorzugsrechte todte GesezesWorte, die keine Wirkung haben; erst in dem Augenblick, wo eine Gant erkannt wird, treten sie ins Leben, obgleich ihre Erzeugung früheren Ursprungs ist, und in die Zeit der Entstehung einer Schuldforderung selbst hinein-

Digitized by Google

geht. Diese sind also solche künftige Folgen eines früheren Gesezes (nämlich des alten Rechts), welche ein späteres (das Neue Recht) aufheben kann, so lang es nur noch zwischen eintritt, ehe der Fall entsteht, der die Folgen erzeugt (welcher hier das GantErkenntniß ist), Sz. 2b. Aber ganz anders ist es mit dem allgemeinen oder stillschweigenden Unterpfand; dieses Recht ergreift die Sachen auf denen es haftet, gleich von dem Augenblick der entstandenen Verbindlichkeiten an; es kann von dem Augenblick an durch gesezliche Rechtsmittel geltend gemacht werden, vor der Gant sowohl als in derselben; es ist als Sachenrecht jus reale ein eigenes selbstständiges Wesen: es ist demnach zur Zeit der Entstehung der Schuld nicht mehr eine bloß künftige Folge einer vergangenen Begebenheit, sondern es ist eine Gegenwärtige, die das neue Gesez als eine vergangene Begebenheit vorfindet, deren Folgen fortdauernd, nicht erst neu erzeugt werden. Auf deren Unwirksamkeit die Einführung des französischen Rechts auszudehnen, hieße ihm eine verbotene Rückwirkung geben. Man muß demnach die vor der Gant aus dem alten Recht vorhanden gewesenen allgemeinen Unterpfandsrechte fortwirken lassen. Abermahl ein Anders ist es jedoch mit ihrer Wirkung unter einander. Schon nach altem Recht hinderte eine allgemeine Unterpfandslast nicht, daß einzelne Sachen Andern zum besonderen Unterpfand gegeben werden konnten, wenn aber nachmals allgemeine und besondere mit einander in Gegenstoß kamen, so giengen sie nach den römischen Gesezen nach der Ordnung der Zeit so, daß das ältere allgemeine dem jüngeren besonderen vorgieng. Dieses Verhältniß unter einander ist wiederum eine erst mit einer GantErkenntniß

Digitized by Google

zur Anwendung kommende Folge des Gesezes, die oben bemerktermaaßen in das neue Recht nicht übergeht, als dessen Gebäude ganz auf den Felsen der Besonderheit der Unterpfänder gegründet ist, und sie kann deswegen nicht mehr statt finden; hieraus folgt, daß jedes solches stillschweigendes Unterpfand dem eingetragenen besonderen bey uns nachgeht, und nach allen diesen, d. h. nach Badischem Recht in die vierte Ordnung, gesezt werden muß, nach deutlicher Nachweisung des Sz. 2218. a.; diese Folge war auch für Baden um so leichter anzunehmen, weil dessen meiste einzelne alte Landrechte schon zuvor die ausdrücklichen Unterpfänder vor den stillschweigenden, die nicht besonders bevorrechtet waren, hatten zur Zahlung kommen lassen.

279.

Gegenstoß einiger Pfandbefugnisse.

Zu einer Gantmasse, wo die Ehefrau aus altem Recht ein stillschweigendes Unterpfandsrecht hatte, das nach damaliger Gesezgebung auch alle noch im Vermögen des Gemeinschuldners vorfindliche Fahrnißstücke umfaßte, gehörten Staatspapiere, welche für eine gewisse Summe versezt waren. Der Versazgläubiger hatte ausser dieser Summe noch mehrere verfallene Forderungen an den Gemeinschuldner, deren einige zu der ersten Ordnung der unbedingten Vorzugs-Gläubiger gehörten, die übrigen zu der fünften Ordnung der Handschriftlichen. Der Gläubiger verlangte, der Mehrwerth der Staatspapiere gegen der Pfandschuld müsse ihm auf seine handschriftliche Forderungen zu gut kommen, der

Digitized by Google

Gantvertreter (contradictor) wollte, daß er der Masse herausgegeben, oder doch an der VorzugsForderung aufgerechnet werde. Dieses führte zwey Fragen herbey.

A.) Ob das im Sz. 2082. gemeldete InnbehaltungsRecht des FaustpfandsGläubigers auch noch gegen eine Gant benuzt werden könne, und

B.) Ob solchenfalls der Pfandinnhaber unter mehreren geeigneten Forderungen die er hat, nach seinem Vortheil diejenige auswählen könne, auf welche der Mehrbetrag des Pfandrechts abgerechnet werden solle?

Zu A. Dem Gantvertreter stand zur Seite: a.) das Innbehaltungsrecht konnte (wenigstens nach der Meynung mancher Rechtslehrer und deutscher Landrechte) nicht gegen Dritte, als da sind Mitgläubiger, ausgeübt, noch zu einem Vorzug in Ganten benuzt werden, Berger Oec. Jur. L. 3. T. 5. Th. 14. Nr. 8. Hommel Obs. 378. Lauterbach. Coll. Th. Pr. L. 10. T. 1. §. 86.; b.) der Code Napoleon, der dem InnbehaltungsRecht im Ganzen keine eigene Verfügungen widmet, hat jenes bey Pfändern zum Vortheil handschriftlicher Schulden noch in engere Schranken gewiesen, im Sz. 2082., als es zuvor durch L. un. C. etiam ob Chirogr. pecun. pign. retin. posse, erhalten hatte, da es nicht mehr auf Unterpfänder geht, und nicht für alle Gattungen handschriftlicher Schulden mehr haftet, sondern nur für die vor der Zahlung der Pfandschuld verfallenen. Sein Stillschweigen scheint mithin der Fortsezung der alten Ansicht Raum zu lassen, und man kann besonders Bedenken nehmen, c.) der Innbehaltung in Ganten neuen Rechts einen Plaz anzuweisen, da ihr unter den Vorzugsrechten eine Stelle bereitet ist, wo sie doch die Ihrige hätte finden müssen,

müssen, weil nach dem neuen Rechtsgebäude es nur auf Fahrniß statt findet.

Allein der Gläubiger hatte doch hier das bessere Recht auf seiner Seite: denn zu a. war schon ehehin die Nichtzulassung des Innbehaltungsrechts in Ganten eine im Gesez nicht wohl gegründete Meynung der Rechtslehrer, die daher jezt nichts mehr gelten kann, Sz. 6b. Das angezogene römische Gesez sagte, nur das Innbehaltungsrecht könne der Vorpfandgläubiger gegen jenen Nachpfandgläubiger nicht ausüben, der sich seines Rechts der Ablegung des Ersteren (juris offerendi) bediente; einem solchen konnte er die Mit-Ablegung einer handschriftlichen Schuld nicht zumuthen. Dieses kam aber daher, weil derselbe durch sein Nachpfand-Recht schon ein besonderes bürgerliches Pfandrecht an der Sache erlangt hatte, dem das bloß allgemeine natürliche Pfandrecht, welches durch die Innbehaltung ausgeübt wird, Erl. IV. S. 85., nicht vorgehen konnte; daraus ließ sich also nicht schliessen, daß solche Innbehaltung gegen dritte handschriftliche Gläubiger nicht wirksam seyn dürfe; ja man müßte eher umgekehrt schliessen, wenn das Gesez des Verpfandgläubigers eigens erwähnt, so muß es nicht die Absicht gehabt haben, wider jeden dritten Gläubiger solches Inbehaltungsrecht zu versagen, also kann der bloße Umstand, daß nun alle handschriftliche Gläubiger in eine Gant zusammenstossen, ihm an seiner Kraft nichts nehmen. Wenn es in Hinsicht auf den Schuldner unbillig ist, daß dieser ein Pfand lösen dürfe, ohne die handschriftliche Schuld zu zahlen, welche er dem nämlichen Gläubiger schuldig ist, und mithin eines zur Sicherheit gehabten Besizes sich aus Schuldigkeit gegen den

Schuldner zu begeben, ehe dieser seiner Schuldigkeit in Heimzahlung einer verfallenen Schuld sich entledige; so wäre es eben so ausweichend aus dem allgemeinen Geist des Rechts, wenn der Gläubiger gegen solche, die doch kein stärkeres Recht haben als er, ohne zuvor erlangte Bezahlung sich des Besitzes, den er vor ihnen voraus hat, begeben sollte, da doch sonst überall der Stand des Besizers bey übrigens gleichen Umständen der bessere ist. Könnte es also auch auf das gemeine Recht noch ankommen, so wäre diese lezte in ihm begründete Ansicht diejenige, welche man auffassen müßte. Es kann aber z. b. auf das römische Recht hier am wenigsten ankommen, weil in diesem Stück der ganze Geist des französischen Rechts entgegen steht. Auf Liegenschafts-Pfand kann ein Innbehaltungsrecht wegen handschriftlicher Schulden niemals statt finden, weil Unterpfandsrecht niemals ein Recht zum Besiz mitbringt, das doch wesentliches Vor-Erforderniß zu jeder Innbehaltung ist, und umgekehrt kann auf ein Fahrnißpfand nicht leicht ein Nachpfand statt finden, weil hier die Selbstinnhabung wesentliches Erforderniß ist, welche nicht zugleich Zweyen zukommen kann, daher obiges römische Gesez keinen Boden mehr findet. (Zwar bleibt noch der Fall gedenkbar, daß jemand, der zuerst auf ein Faustpfand Geld geliehen hat, und keines weiter darauf leihen will, einem Andern der noch einen Nachschuß darauf gibt, zusage, das Pfand auch für ihn mit innzuhaben, und zu bewahren: allein für diesen Fall, wo beede Gläubiger in ein ausdrückliches Vertrags-Verhältniß mit einander treten, versteht es sich von selbst, daß nun der erste Pfandgläubiger zum Nachtheil des Zweyten keine Innbehaltung ausüben könne, um entweder eine vorher gehabte, mithin solchenfalls arglistig verschwiegene, oder nachher

Digitized by Google

entstandene, folglich zur Gefährde des Nachpfandgläubigers gemachte Schuld damit decken zu wollen; hierüber bedarf es keiner besondern Verfügung, dieser einzelne Fall ändert aber auch im Geist des Ganzen nichts.) Hiernächst ist das dem Faustpfand gegönnte Innbehaltungsrecht nicht auf das Verhältniß gegen den Schuldner eingeschränkt, sondern ganz allgemein zuerkannt, es heißt nicht: er könne innbehalten, bis ihn der Gläubiger befriedigt habe, (wiewohl selbst dieses nicht im Weg stehen würde, da im neuen Recht die Gläubiger, denen das Vermögen abgetreten wird, nicht mehr dritte Eigenthümer, sondern nur Verwalter des Schuldners sind, deren Handlungen in der VermögensVerwendung immer wieder als Handlungen des Schuldners gelten) sondern es heißt: bis er befriedigt sey, ein Saz, der geradezu so gut wider den dritten Mitgläubiger als wider den Schuldner seine Anwendung leidet. Daß hingegen zu c. dieses InnbehaltungsRecht keine Stelle in der Ordnung der Gläubiger erhalten habe ist irrig. Denn da es ein Ausfluß des Faustpfandsrechts ist, vermöge Sz. 2082., und da diesem im Ganzen eine Stelle, nämlich die zweyte unter den fahrenden Vorzugsgläubigern angewiesen ist, Sz. 2102., Abs. 2., so hat es damit hier genugsam seine Stelle, zumahl da es dort im Grundtext unbestimmt, la creance sur le gage genannt ist, welches die handschriftliche Forderung so gut wie die unterpfändliche umfaßt, und da in der landrechtlichen Uebersezung ganz bestimmt jede Forderung auf das Faustpfand genannt ist, wofür dieses zu haften hat.

Zu B) der Grund des Gantvertreters zu läugnen, daß der Gläubiger wählen könne, auf welche Schuld er den

Mehrwerth des Faustpfands abrechnen wolle, bestand darinn, weil der Zähler, also der Schuldner, vom Gesez diese Wahlbefugniß erhalten habe, Sz. 1253., und diese bey Wettschlagungen eben so gelte, Sz. 1297., welchen die Innbehaltung durchaus rechtsähnlich sey. Allein diese Lehre war hier unrichtig angewandt, denn der Innbehaltende oder Wettschlagende war in Absicht des innbehaltenen Pfands oder wettgeschlagenen Mehrwerths nicht Gläubiger, sondern Schuldner der Pfandrückgabe, ob er gleich in Bezug auf die wettzumachende Forderung Gläubiger war; mithin bewies der Grund des Gantvertreters wider ihn und für die Wahl dieses Gläubigers. Ihm ward zwar noch ein anderer Grund entgegengestellt, der keine Wahl zulasse; es müssen (so sagte der Gantvertreter) da, wo eine Wahl statt finden solle, mehrere Forderungen gleichgeartet seyn zur Wettschlagung; nun ziehe aber der Sz. 2082. bestimmte Grenzen um das Inbehaltungsrecht des Faustpfandinnhabers, um es nur da zuzulassen, wo die handschriftliche Schuld vor der Faustpfandschuld verfallen sey, welches hier der Fall nicht gewesen. Allein auch hierbey lag unrichtige Gesezanwendung zum Grund. Das Gesez fordert nicht, daß die handschriftliche Schuld vor dem Verfalltag der Pfandschuld verfallen seyn müsse, sondern es begnügt sich, wenn sie nur vor deren Zahlung verfallen ist: ein Schuldner der seine früher verfallene Pfandschuld zu rechter Zeit, wo die andere noch nicht verfallen ist, zahlt, würde zwar damit die Möglichkeit der Innbehaltung wegen der handschriftlichen Schulden abgewendet haben; sobald er hingegen saumseelig im Heimzahlen ist, und der Verfalltag der handschriftlichen Schuld indessen eintritt, ehe die Zahlung der

pfandschaftlichen geschehen ist, so tritt damit die Befugniß des PfandInnhabers ein, sein Innhabungsrecht auf diese zu erstrecken, wobey auch dem Hauptschuldner gar nicht unrecht geschieht, weil er damit nur eine billige Folge seiner Saumsal leidet. Ein Gantvertreter kann daher niemals Einwendung wider eine solche Innbehaltung machen, weil die VermögensAbtretung oder Gant allemahl die Wirkung hat, alle Schulden fällig zu machen, Sz. 1188., folglich der, wer mit einer PfandForderung in den Gant fällt, auch jedesmahl im Fall ist, daß seine etwa weiter habende handschriftliche Schuld fällig geworden ist, ehe jene zur Zahlung kommt. Es blieb daher im vorliegenden Fall nur noch der dritte Grund des Gantvertreters übrig, daß nämlich die Gantschulden noch größtentheils aus der Zeit vor Einführung des Code Napoleon herrührten, und sich darunter auch solche befänden, die ein gesezliches stillschweigendes allgemeines Unterpfand hatten, das alle dem Gemeinschuldner eigene Fahrniß ergriff, folglich jene Innbehaltung wegen einer handschriftlichen Schuld ihr widerrechtlich einen Vorzug vor der früheren allgemeinen Pfandforderung jenes Frauenvermögens verschaffen würde. Nachdem diese allgemeinen Pfandrechte da, wo sie einmahl bestehen, ihre Wirkung auch im neuen Recht fortbehalten und in ihrer Natur aus jenem alten Recht beurtheilt werden müssen; so konnten nach klarer Verfügung der L. un. supra cit. diese allgemeine Pfandgläubiger des Rechts der Ablage des Faustpfandgläubigers sich bedienen, um den Mehrwerth für sich zu retten, und die später entstandene handschriftliche Schuld des FaustpfandInnhabers konnte die Ehefrau als allgemeine Pfandgläubigerin in

ihrem Recht des Nachtritts im Pfand nicht verkürzen, weil sie ein Verhältniß zwischen Andern war, das einem Dritten an Rechten nichts gibt oder nimmt, Sz. 1165. Zwar wendete der FaustpfandsInnhaber sehr scheinbar ein, die Innbehaltungsbefugniß sey ein gesezlicher Anhang oder Zugehörde des Faustpfandrechts, und da nun das Faustpfand vorgehe, so müsse auch der Anhang desselben (das Innbehaltungsrecht) dem allgemeinen Pfandrecht der Ehefrau vorgehen. Das würde auch sehr treffend gewesen seyn, wenn im alten Recht, aus welchem hier die Natur dieses Pfandrechts beurtheilt werden mußte, da es unter dessen Herrschaft entstanden war, die Innbehaltungsbefugniß gleich allgemein gegeben gewesen wäre; da aber dort solches nicht zum Ausschluß der Nachpfandgläubiger benuzt werden konnte, so hatte hier das Recht der Lezten die Sache schon ergriffen, ehe das neue Recht diese Ergreifung verhindern konnte, und so mochte nachmals dieses keinen Erfolg hervorbringen, der rückwirkend jenes Pfandrecht wieder vernichtet haben würde, und es mußte daher der Mehrwerth des Faustpfands der Ehefrau kraft ihres Pfandrechts zugewiesen werden.

280.

Richtiger Gebrauch des Geists der Gesezе.

Den Zweck kennen, den ein Gesezbuch durch seine verschiedenen Entscheidungen zu erreichen strebt, den Gebrauch einsehen, den es von den verschiedenen Bestimmbarkeiten der Mittel für Erreichung des Zwecks macht, aus ihnen die oberen Grundsäze finden, wornach die einzelne Gesezverfügun-

Digitized by Google

gen geformt worden sind, daß heißt den Geist des Gesezes inne haben. Zu dieser Kenntniß kann man auf doppeltem Wege gelangen, auf dem Geschichtlichen, und auf dem Wissenschaftlichen. Der Leichtere und Angenehmere ist der Geschichtliche; er ist aber nur da anwendbar, wo die Gesetze in öffentlichen Verhandlungen vorgeschlagen, bestritten, und angenommen werden, wie in Frankreich, und wo man dadurch zu genauer Kenntniß der Beweggründe der Verfasser gelangt, und nur so weit als von Verfügungen die Rede ist, welche zu öffentlichen Entwicklungen Anlaß wurden, im Gegensaz gegen jene, die unangefochten, und daher auch unvertheidigt mit durchgiengen. Eine auf diesem Weg gefundene Kenntniß ist jedoch nur da zureichend, wo das Gesezbuch Kraft seiner Verfassung gilt, wo folglich der Sinn des Verfassers — er möchte gut oder schlimm, folgerichtig oder folgewidrig seyn — das Eine was Noth ist, um das Gesez zu verstehen, ausmacht. Wo das Gesez von einem fremden Staatsboden auf einen Andern durch Achtung für seine Weisheit mittelst freywilliger Annahme verpflanzt wird, da ist zwar diese Geschichtskenntniß unentbehrlich, als erleichterndes Hilfsmittel den Geist des Gesezes richtig zu finden, aber er leitet nicht mehr unmittelbar zu dem Quell derselben: hier läßt nur der wissenschaftliche Weg uns diesen finden. Indem nämlich nicht der Wille des Verfassers, sondern jener des annehmenden Souveräns hier der Verbindlichkeitsquell ist; indem dieser durch diese Annahme nicht der fremden Gesezgebung, sondern nur dem fremden Gesezbuch seinen Staat unterwirft; indem er dieses Buch als ein seine Weisheit in sich tragendes geschlossenes Ganzes zur Regel für seine Bürger erhebt; kann das

Gesez hier nur aus sich selbst und durch sich selbst seinen Geist vernehmen lassen, und wo dieser — was wohl nicht oft, aber dennoch zuweilen geschehen kann — anders spricht, als die einschlagenden Geschichtszeugnisse, da kann auf jenem fremden Boden auch nur dessen eigene Stimme gehört werden. Dieses ist Eine der Vorsichten, welche bey Anwendung des Geistes des C. N. in Deutschland wichtig sind, und welche nothwendig veranlassen müssen, daß dasjenige, was schon in Frankreich selbst wegen der gesellschaftlichen und klimatischen Verschiedenheiten eines Reiches von weitem Umfang nicht ganz zu vermeiden ist, nemlich die Bildung einer hier und da nach Provinzen abweichenden Rechtskunde über das nemliche Gesezbuch, in den verschiedenen RheinbundsStaaten noch viel unvermeidlicher werde.

Eine andere nöthige Vorsicht betrifft die Auffindung des Falls, in welchem auf den Geist der Gesetze zurückgegangen werden darf. Im Allgemeinen ist er leicht zu finden: er ist vorhanden, sobald das Gesez weder durch seine Verfügungen, noch durch folgerichtige Ableitung aus solchen, etwas über einen vorkommenden Fall bestimmt, wie unsere LandrechtsZusäze dieses auch klar an die Hand geben, Sz. 4. a. vergl. mit 6 a. Allein in der Anwendung vergesse man nicht, daß genau bestimmte Gesetze nicht nur die unter ihre Bestimmungen gehörige Fälle einschließen, sondern auch umgekehrt die außer solchen Bestimmungen liegende ausschliessen: so oft nemlich ein Gesez eine gewisse Verfügung auf ihren Gegenstand nicht schlechtweg, sondern unter gewissen beschränkten Bestimmungen bezieht, so oft muß man annehmen, das Gesez wolle seine Verfügung

Digitized by Google

auf den Gegenstand nur unter dem Zusammentreffen jener Bestimmungen angewendet wissen, weil sonst ihre Hinzufügung, wo nicht widersinnig wäre, wenigstens ganz müßig da stünde, welche Auslegung einer WillensErklärung gesezwidrig wäre. Sz. 1157. Die folgerichtige Ableitung verfügt hier das Gegentheil stillschweigend über diejenige Gegenstände, die in ähnlicher Gestalt, nur mit veränderten Bestimmungen erscheinen. Wer dieses übersieht, und solche Fälle bloß für unentschieden annimmt, somit auf den Geist des Gesezes zurückgehet, der wendet diesen auf Lagen an, auf die er nicht angewendet werden darf, weil schon der Buchstabe zur Entscheidung genügt, und lauft Gefahr dadurch zu irrigen Entscheidungen verführt zu werden. Beispiele mögen dieses erläutern. Der Saz 22 sezt unter die Fälle, wodurch das StaatsBürgerrecht verloren gehe, auch den, wenn ein Innländer ohne Erlaubniß des StaatsHerrschers Kriegsdienste im Ausland nimmt. Aus dem bestimmenden Ausdruck: Kriegsdienste nehmen, der sehr verschieden von dem ist, wenn es geheissen hätte, Kriegsdienste leisten, schliessen französische Rechtsgelehrte mit Recht, daß derjenige, der blos als Freywilliger, wenn auch ohne besondere Erlaubniß, im Ausland einen Feldzug (versteht sich, nicht für Feinde des Vaterlands) mitmacht, hierunter nicht begriffen sey. Mit Unrecht wird ihnen von deutschen Rechtsgelehrten widersprochen, als ob der Geist des Gesezes auch sie einbegreife; Dabelow I. §. 46. Durch die gesezliche Bestimmung der Verfügung auf das Nehmen der Dienste ist entschieden, daß jenes Dienen, das keine Dienstnahme ist, auch nicht unter dieser Verordnung stehe; darum gehört hieher keine Anwen-

dung des Geistes für den Richter; nur der Gesezgeber dürfte darinn für eine ausdehnende Auslegung Beweggründe finden. Aber der Geist ist auch außerdem durch jene Behauptung falsch angewendet. Der Zweck des Gesezes ist: niemand soll Pflichten übernehmen für Kriegsdienste, welche dem Vaterland nachtheilig seyn können, und da nun die Macht, welche heute mit dem Vaterland friedlich ist, morgen gegen dasselbe feindlich seyn kann, so soll keiner ohne Anfrage bey dem Regenten, der allein über Staatsverhältnisse gültig urtheilen kann, auch bey auswärtigen befreundeten Mächten Dienste nehmen. Hiervon ist der Fall dessen, der freywillig einen Feldzug begleitet, sehr verschieden. Ein solcher ist zwar jeden Tag, wo er Dienste leistet, verpflichtet, sie so zu leisten, wie es befohlen ist und der Vortheil der kriegführenden Macht mit sich bringt; aber er ist nicht verbunden Dienste zu leisten, sondern kann jeden Augenblick dieser Pflichten durch Aenderung seiner Entschliessung sich entschlagen, welches der, welcher durch wirkliche Dienstnahme fortgehende Pflichten übernommen hat, einseitig nicht kann. Wenn also durch Dienstnahme dieser eine Sorglosigkeit für die seinem Vaterland schuldige Pflichten zu Tag legt, so trifft diese Ansicht den, der blos freiwillig für seine Befähigung einen Feldzug mitmacht, so wenig als den Gewerbsmann, der in's Ausland wandert.

Ein anderes Beyspiel gibt der Satz 151 — 154. Hier werden die Kinder, welche noch nicht ehevolljährig sind, angewiesen, dreimahl den Rath ihrer Eltern oder Familien-Vorgesezten zu einer Heyrath zu suchen. Darüber sagt Dabelow I. §. 117: Die Eltern seyen schuldig den Kindern einen mit Gründen unterstüzten Rath zu

geben, und man dürfe nach dem Geist des Gesezes annehmen, „daß im Fall eines nicht motivirten Raths eine gewisse „Person nicht zu ehelichen, der zweyte ehrerbietige Act gar „nicht mehr nöthig sey, weil das Ganze ohne jene Schuldigkeit und Befugniß wahrlich eine Farce seyn würde.“ Eine solche Auslegung ist aber vielmehr ein vom Geist des Gesezes an seinem Körper begangener Selbstmord. Das Gesez hatte zum Zweck die Kinder zu nöthigen ihre Abhängigkeit von elterlichem Willen anzuerkennen, ohne doch diesen eine unumschränkte Gewalt über ihre Kinder, oder dem Publikum das widrige Schauspiel der Streitigkeiten vor dem Richter über zarte FamilienVerhältnisse zu geben. Als Mittel hierzu wählte es die ehrerbietige Ansuchen und deren Gebundenheit an gewisse abzuwartende Zwischenräume, durch welche da, wo etwa ein oder andrer Seits flüchtige Leidenschaften die Nichtzusammenstimmung der Gemüther hervorgebracht hätten, diese indessen Zeit fände sich zu legen. Weise nach diesem Endzweck abgemessen, legte es nur den Kindern, die Gehorsam beweisen sollten, nicht den Eltern, die als Familiengebieter anerkannt werden sollten, Pflichten auf; es schrieb den Eltern gar nicht vor, ob sie ihren Rath geben oder nicht geben, als Befehl ohne Beweggründe, oder als Rath mit Beweggründen ihn fassen wollten, welche Vorschrift ohnedieß, sobald kein Richter mit einem Erkenntnißrecht über die Befolgung der Vorschrift wachen dürfte, allererst eine gesezliche Farce geworden seyn würde, es gab aber auch noch weniger den Kindern ein Recht, ihre Eltern ohne Richter durch Unterlassung der weitern ehrerbietigen Ansuchen gleichsam zu strafen, welches vollends den ganzen Zweck der Ehr-

Digitized by Google

furchts-Erweisung und Leidenschafts-Abkühlung zerstört haben würde.

Noch ein anderes Beyspiel findet sich bey Dabelow II. §. 328. Der Saz 601 gebietet, daß der Nuznießer Sicherheit für Erhaltung des Eigenthums stellen solle, wenn er nicht durch den Titel seiner Nuznießung frey ist, und sagt darauf: „frey davon sind Eltern, welche an dem Vermögen „ihrer Kinder eine gesezliche Nuznießung haben.“ Dazu wird in obiger Stelle die Bemerkung abermahl im ungegründeten Widerspruch gegen französische Rechtslehrer gemacht: „der Grund, warum die Eltern mit der cautio „usufructuaria verschont bleiben sollen, ist nicht, weil das „Gesez den Ususfructus verwilligt hat, sondern weil es „gegen das den Eltern gebührende Zutrauen laufen würde, „wenn die Kinder von ihren Eltern Kautionsleistung zu „fordern berechtigt seyn sollten, dieser Grund paßt aber „eben so gut auf den verwilligten, als auf den gesezlichen „Nießbrauch“ — wann eine solche angemaßte Selbstgesezgebung der Rechtslehrer in neuem Recht Sitte würde, wie sie es in Deutschland im alten war, dann wäre aller Gewinn des neuen Rechts verloren. Das Gesez hat seine Freyheit nur der gesezlichen Nuznießung der Eltern verwilligt, dabey muß der Rechtslehrer und der Richter stehen bleiben, denn für ihn ist allerdings der Grund der Freyheit kein andrer, als der, „weil das Gesez die Nuznießung verwilligt hat.“ Der Gesezgeber mußte für sich freylich einen andern Verwilligungsgrund haben, aber auf diesen kommt es hier nicht an, wo das Gesez durch seine Bestimmung deutlich spricht. Er bestand aber auch ganz und gar nicht in der vermeyntlichen Unschicklichkeit einer sol-

Digitized by Google

chen SicherheitsVorsicht zum elterlichen Verhältniß, sonst hätte auch die im Saz 421 genommene Vorsicht nicht statt gefunden, den Eltern und selbst dem Vater einen Gegenvormund, mithin einen beständigen Wächter an die Seite zu sezen, ja ihnen, wenn sie zu Gunsten ihrer Kinder Last-Erben (fiduciarii) sind, noch dazu bey Verlust ihres Erbrechts, die Pflicht der Sezung eines AfterErbpflegers, aufzulegen, wie doch im Saz 1057 geschehen ist. Der Grund ist vielmehr der, weil das Gesez die Nuznießung nicht auf lebenslang gibt, sie also nicht aus dem Ehrfurchts Verhältniß abquellen läßt, sondern auf die Minderjährigkeit oder kürzere Zeit sie beschränkt, also mit der elterlichen Gewalt sie verbindet. Hier wäre es freylich unschicklich gewesen, demjenigen, dem man Gewalt anvertraut über die Person und über alle ihre Zugehörden, nachmals wegen eines einzelnen noch dazu minder wichtigen Ausflusses solcher Gewalt dieses Zutrauen nicht auf gleiche Art gönnen, und eine Sicherheitsleistung verlangen zu wollen. Dieser Grund trifft keine verwilligte Nuznießung, d. h. solche, die ein Dritter, der den Kindern sein Vermögen zuwendet, den Eltern zuweiset. Dem kann es gar wohl erlaubt seyn, das gleiche Zutrauen in einzelnen Eltern nicht zu hegen, welches das Gesez dem Elternstand im allgemeinen zuerkennt, und ist es ihm wirklich, wie die Lehre von den After-Erbschaften beweißt; und da zugleich eine solche verwilligte Nuznießung über die Zeit der Gewaltsjahre hinaus dauert, so fällt dabey in jeder Rücksicht jener Widerspruch weg, der dort Grund der Freiheit ward. Hier war es also ganz sachgemäß, durch jene beschränkt bestimmte Fassung des Gesezes die Sache in der Lage zu

Digitized by Google

lassen, daß Eltern die der Erblasser bey Zuweisung der Nuznießung nicht von der Sicherheitsleistung frey gesprochen hat, sich gegen ihre Kinder dazu eben so wie gegen Dritte erbieten müssen, und daß, wenn diese nicht aus kindlicher Liebe sie freylassen, die Stellung erfolgen muß; so wie hinwiederum da, wo etwa die Kinder noch minderjährig sind und in der Schenkungsurkunde nichts wegen der Nuznießung bestimmt ist, den Eltern frey steht bis zur GewaltsEntlassung die Nuznießung als gesezlich ihnen gebührend, ohne Rücksicht auf den VermächtnißTitel (der für diese Zeit ihnen entbehrlich ist) mithin ohne Sicherheitsleistung an sich zu nehmen, welche Wahl ihnen selbst da nicht würde versagt werden können, wo ihnen ausdrücklich Sicherheitsleistung auferlegt wäre, wenn in diesem Fall sie sich der verwilligten Nuznießung ganz entschlagen, folglich das Recht sie nach der GewaltsEntlassung fortzubehalten aufgeben, und sich bloß mit der gesezlichen begnügen wollten.

Wieder ein anderes Beyspiel liefert der Saz 299. Er sagt: „der Ehegatte, wider welchen die Scheidung erkannt wird, verliert alle von dem andern Ehegatten erlangte Vortheile. Zachariä (1 Ausg. Th. 2. S. 49. Nro. 2.) bemerkt hierzu sehr richtig, ehebegünstigende Schenkungen dritter Personen fielen nicht unter dieses Gesez, sondern seyen nach allgemeinen Regeln zu beurtheilen. Hierwider erinnert Dabelow 1. §. 250. „sie seyen auch nach Saz 299 „zu beurtheilen, und thue es nichts zur Sache, daß ihrer „nicht besonders erwähnt worden, denn solche Stipu„lationen gehörten zu den ausserordentlichen Fällen, „worüber der Code bekanntlich nie oder doch nur selten

„verfüge; die ratio legis passe auch auf sie.“ Eine bloße Nicht-Erwähnung möchte allerdings nichts schaden: aber aus ihr geht jene Bemerkung auch nicht aus, sondern aus der bestimmenden Erwähnung der von dem andern Ehegatten erlangten Vortheile: wäre der erlangten Ehevortheile überhaupt gedacht worden, alsdann begriffe der allgemeine Ausdruck auch jene von Dritten hergeflossene unter sich. Da aber jene Bestimmung hinzu kam, so müßte man entweder sagen, diese stehe müßig da, welches Saz 457 verbietet, oder man muß zugeben, sie stehen da, um Fälle auszuschliessen, welche jene Bestimmung nicht haben, und alsdann heißt es den Geist des Gesezes am unrechten Ort sprechen lassen, wenn man nun durch ihn jene bestimmende Wirkung wieder wegphilosophiren will. Uebrigens ist auch bey beeden Fällen nicht immer der gleiche Grund: der dritte kann durch die Ehe, aus welcher vielleicht Kinder da sind, seine ganze Absicht eben so gut erreicht haben, als ob die Ehe durch Tod getrennt wurde: er wird also nicht, wie der andre Ehegatte allemahl und unmittelbar beleidigt und beschädigt.

Das Gesez sagt im Saz 959: „Schenkungen zu Gunsten einer Ehe können wegen Undanks nicht widerrufen „werden.“ Rechtslehrer sagen: „der Grund davon ist, „weil solche Schenkungen so angesehen werden, als wenn „sie zu Gunsten der aus der Ehe zu erzielenden Kinder „gemacht worden, die also durch das Vergehen ihrer Eltern „nicht leiden dürfen: daraus folgt, daß wenn der Grund „des Gesezes wegfällt, auch dessen Disposition wegfallen „muß, und folglich dergleichen Schenkungen nicht unbedingt unwiderruflich sind.“ Dabelow §. 821. M. II.

Digitized by Google

Abermals ein Mißbrauch des Geists des Gesezes! Dasselbe spricht allgemein, gibt keine beschränkende Gründe an, und fordert daher allgemeine Befolgung: jede Einschränkung wegen gemuthmaßter Gründe ist Empörung gegen das Gesez. Sie geht dabey gewöhnlich — und so auch hier — aus unrichtigen Ansichten hervor. Rücksicht auf Kinder ist weder der einzige noch der hauptsächliche Grund, sonst hätte aller UndanksWiderruf auf unverehlichte oder kinderlose Geschenknehmer beschränkt werden müssen. Mitrücksicht auf den andern Ehegatten, und vornemlich Mitrücksicht auf den Staat, der nur die Ehen ernährungsfähiger Bürger gern sehen, und daher nicht dulden kann, daß die Ernährungsquelle, worauf die Ehe geschlossen worden, zu seinem Nachtheil abgegraben werde, sind miteinschlagende BestimmungsGründe, und sprechen für die Allgemeinheit der Anwendung.

Ueber die Verjährung endlich sagt Saz 2242, es gebe eine natürliche u. bürgerliche Unterbrechung, Saz 2243 will nichts für eine natürliche Unterbrechung geachtet wissen, als das, wodurch ein Besizer seines Besizes beraubt wird: Saz 2244 — 2248 erfordert zur bürgerlichen Unterbrechung eine gerichtliche Vorladung, einen Abtretungsbefehl, einen richterlichen Beschlag, oder ein Anerkenntniß der Forderung oder des Rechts des Andern. Hieraus fließt nichts natürlicher als, daß ein bloßes aussergerichtliches Mahnen nicht für Unterbrechung gelten könne, denn es wirkt keine Besizberaubung am Schuldner, es kann als eine von ihm gar nicht herrührende Handlung nicht für sein Anerkenntniß ausgegeben werden, und es ist keine richterliche Vorschrift; Erl. V. §. 1020. — Dennoch nimmt es Dabelow II. §. 1301 für

für ausgemacht an, daß eine ausergerichtliche Anforderung oder Mahnung die Verjährung unterbreche. Dieses zu beweisen spricht er: „zwar sagt der Code nirgends, daß „schon durch das Mahnen des Schuldners die Verjährung „unterbrochen werden soll, allein es folgt doch analogisch „aus dem, was bey der erwerbenden Verjährung über „die interruption naturelle gesagt ist." Ueber diese sagt er §. 1295: „indem der Code von Unterbrechung des Besitzes „spricht, hat er überall das Faktum desjenigen, gegen „welchen verjährt werden soll, und zwar dieses nur allein „im Auge." Wie könnte das Gesez eine solche Ansicht haben und doch die Unterbrechung bestimmt auf jene gerichtliche Fälle aussprechen, und dadurch den auser diesen BestimmungsSchranken liegenden Fall der ausergerichtlichen Mahnung ausschliessen? Alles, was dafür angeführt wird, richtig dargestellt, sagt soviel: weil bey Unterbrechung der Ersizung nur allein die Thatsache des Unterbrechenden in Betracht kommt, so muß es auch bey der Versizung darauf allein ankommen: hier ist es α) irrig, als ob es bey ersterer allein auf die Thatsache des Unterbrechenden ankomme. Dabelow selbst bemerkt richtig, daß es auch auf die einjährige Dauer derselben, also auf Form ihres Daseyns ankommt; und so spricht dieses dafür, daß auch bey der Versizung es auf eine solche Form — die hier in der gerichtlichen Eigenschaft gesezt ist, ankommen könne; sodann β) ist zwischen Versizung und Ersizung keine solche Gleichheit der Umstände, daß alles von Einer auf die Andre übergetragen werden kann, γ) wo das Gesez deutlich Bestimmungen angibt, können sie nicht durch RechtsAehnlichkeit beseitigt werden.

281.

Rechtsansicht der freywilligen Scheidungen.

„Es ist, so heißt es in den Erl. 1. S. 213, jeder „kleine Umstand der Vorschrift über die freywilligen Schei„dungen erheblich, und es kann dem Formen zertrüm„mernden und bildenden Sinn mancher RechtsDiener nicht „nachgesehen werden, irgend eine kleine Veränderung „hierinn zu unternehmen.“ So sehr Dabelow I. §. 193. mit lezterer Ansicht einverstanden ist, so abweichend urtheilt er über ihren Vordersaz. Er sieht alle diese Vorschriften „für sonderbare Verfügungen“ an, er glaubt, es seye „dadurch die Ehescheidung mit wechselseitiger Einwilligung „wieder sehr erschwert worden, und wäre es wohl eben so „gut, sie lieber gar nicht zu gestatten,“ er meynt endlich: „wolle man sie einschränken, so dürfe höchstens untersucht „werden, ob auch wirkliche Abneigung der Ehegatten zum „Grund lag, und es müßten bloß Versuche angestellt „werden, sie zusammen zu halten.“ Diese aus Vorliebe für altgewohnte Ansichten entsprungene Mißdeutung der neuen verdient eine nähere Beleuchtung.

Auf welche Art — so fragt man mit Recht — sollte die Wahrheit und Unüberwindlichkeit der Abneigung untersucht werden? Durch zeitliche Scheidungen und angewandte mehrfällige BeugungsGrade geschah es sonst; gerade diese mit Bürgerfreyheit und Bürgersicherheit unvereinbarliche Mittel aber sollte durch Annahme der freywilligen Scheidungen entfernt werden? Alle übrige

Digitized by Google

gedenkbare Untersuchungswege sind unzureichend; es war folglich sehr zweckmäßig keine solche vorauszuschicken. Dafür aber mußten andre ErforschungsFormen aufgestellt werden, wenn nicht jene Wahrheit und Unüberwindlichkeit bey Seite gesezt und die Ehe leichter als jeder Pacht oder Dienst sollte aufgelöset werden können, deßwegen soll sie a) nicht vor eingetretener Ehemündigkeit nach Saz 275 gesucht werden: und welcher weise Gesezgeber hätte wohl AbneigungsPhantasieen jüngerer Eheleute — wenn sie nicht durch eine gesezmäßige ScheidungsUrsache begründet werden können — für eine unüberwindliche Abneigung ansehen können? Und welche sittlich denkende Eltern werden es nicht recht finden, daß ihre Kinder, die sich einmal geheyrathet haben, erst bis zur Ehemündigkeit versuchen sollen sich an einander zu gewöhnen? Sie soll b) nicht vor zweyjähriger Dauer der Ehe gesucht werden nach Saz 276. Denn wer nicht zwey Jahre versucht hat mit seinem Ehegatten zu leben, und doch keine der benannten ScheidungsUrsachen hat, der kann wahrlich noch von Unüberwindlichkeit seiner Abneigung nicht reden! Die Ehe soll c) nicht über zwanzig Jahre gestanden seyn. — Wer fühlt hier nicht, daß ohne eine hinzukommende benannte ScheidungsUrsache die Abneigung offenbar nicht in Unverträglichkeit der Temperamente und Charaktere, sondern allein in unmoralischen WillensBestimmungen des einen oder des andern Theils liegen müsse, denen keine weise Gesezgebung fröhnt! Die Ehefrau soll d) nicht über fünf und vierzig Jahre alt seyn. — Dieses ist doch wahrlich nicht sonderbar, sondern höchst gerecht: der Mann, der eine junge Frau heyrathet, soll

doch wohl billig auch mit ihr Geduld haben, wenn sie alt wird, und der Mann, der eine Alte nimmt, kann hintennach ihr zum Fehler nicht anrechnen, was er voraus wußte und nicht in Anschlag brachte. Hingegen die Frauensperson, welche sich einem Mann hingäbe, ihm in allen seinen Eigenheiten Launen und Bedürfnissen zu dienen, nur damit sie eine Versorgung für ihre ältere Jahre gewinne, und die damit nichts anders gewinnen sollte, als im Alter zur freywilligen Annahme einer Verstoßung mittelst stillen Ueberdrangs vom Manne genöthigt werden zu können, die hätte wahrlich der durch das Christenthum in die Gesezgebung gebrachten Humanität sich wenig zu erfreuen! Endlich e) beederseitige Eltern, oder an ihrer statt GroßEltern, sollen einwilligen nach Saz 150, das heißt, so, daß so oft eine verschiedene Ansicht beeder Familien statt findet, dieses für Einwilligung gilt. Durch lezteres ist offenbar auch diese Erforderniß so gemildert, daß man vernünftiger Weise nicht zu besorgen hat, daß eine elterliche Unbesorgtheit um das Wohl der Kinder vorwirkend werden könne: denn diese darf man doch wohl nicht als das Ordentliche, sondern nur als das Seltenere ansehn, und also nicht leicht auf beeder Familien Seite zugleich erwarten. Es verdient daher diese Einrichtung den Tadel nicht, den Unbekanntschaft mit ihrem Geist ihr zuzieht, so wie überall die ehemalige Preußische Leichtigkeit der Ehescheidung der glücklichen Ehen nicht mehr gemacht hat. Je leichter man sich scheiden kann, (das beweißt Vergleichung protestantischer und katholischer, norddeutscher und süddeutscher Länder) desto weniger moralischer Anstrengung, um mit einander zu leben,

findet man, die doch ein gutes BildungsMittel für den Charakter ist.

282.

VermögensVerhältnisse bey freywilligen Ehescheidungen.

Man hat behaupten wollen a) die Vermögensverzeichnung und Abschäzung, welche die Eltern zum Anfang eines freywilligen Scheidungsverfahrens müssen machen lassen nach Saz 279, seye nicht hinreichend, um die durch den Saz 305 bestimmte Verfangenschaft der Kinder auszumitteln, sondern es seye dazu eine weitere gerichtliche Verzeichnung nothwendig, und b) die etwa in dem Ehevertrag den Kindern bedungenen Vortheile hätten die Kinder ganz allein aus der den Eltern unverfangen bleibenden Hälfte des Vermögens zu suchen, Dabelow I. §. 202. Beedes ist irrig. Denn zu a) würde offenbar die erste VermögensVerzeichnung ganz unnüz geboten seyn, wenn sie nicht auf die Verfangenschaft der Kinder Bezug hätte: denn so lange bloß von Auseinandersezung der Eheleute selbst durch gütlichen Vergleich die Rede wäre, so hätte man ihnen ganz ruhig überlassen können, ob sie je nach der Kenntniß ihrer VermögensUmstände und derjenigen VermögensVerhältnisse, auf welche sie sich geheyrathet haben, nach derjenigen AuseinandersezungsArt, welche sie wählen, eine Verzeichnung nöthig finden oder nicht. Nur alsdann, wenn man voraussezte, daß die VermögensLage gewöhnlich noch Dritte, nemlich die Kinder betheilige, konnte man

Grund haben, jene Verzeichnung zur allgemeinen Vorschrift zu machen: und daß man diesen Fall vor Augen hatte, bezeichnet die FolgeOrdnung, in welcher diese Handlung zu dem übrigen ProzeßVerfahren steht. Nemlich gleich nach der Vollendung der nach Saz 279 gebotenen Vermögens-Verzeichnung soll, laut Saz 281, die erste Erklärung des Scheidungsvorhabens geschehen, und wenn dieses seiner Zeit seinen Ausgang nimmt, alsdann soll die Verfangenschaft von dem Tag der ersten Erklärung an, wirken, also gerade von dem Zeitpunkt an, wo die erste Verzeichnung vollendet ward: wie könnte das Gesez die Nothwendigkeit einer weiteren, und doch auf den nemlichen Zeitpunkt hin zurückgehenden Verzeichnung beabsichtet haben? Wie könnte es gehofft haben, nach Endigung des vielleicht Jahr und Tag dauernden Rechtsstreits durch eine neue Verzeichnung besser jenes ehemalige Vermögen auszumitteln, als es durch das erste gleichzeitige Verzeichniß geschehen ist, da ja jede Verzeichnung immer wieder aus der Angabe der Eheleute entnommen werden müßte. Will man sagen, sie könnten die Sachen zu hoch oder zu nieder anschlagen — nur die Kinder haben ja allein Anspruch an die Hälfte, also gewinnen und verlieren sie dabey nichts — oder will man sagen, sie können solche ungleich anschlagen, so nuzt es ihnen ja nichts, da wiederum am hohen wie am niederen die Kinder ihren Theil haben; überhaupt aber ist hier, wo die Eltern um Verlust und die Kinder bloß um Gewinn streiten, eine ängstliche Rücksicht um die genaue Gleichheit in dem Gesez nicht nöthig gewesen. Sodann zu b) sollen die Kinder an ihren EhevertragsVortheilen durch die freywillige Ehescheidung und Verfangenschaft

ihres Vermögens keinen Abbruch leiden (sans préjudice des autres avantages) Saz 305: aber daß sie Vortheil mehr als zuvor darinn haben sollen, das steht nicht da; eine solche Auslegung ist vielmehr durch die geordnete Vermeidung eines Abbruchs stillschweigend beseitigt: vorher lagen nun die EhevertragsVortheile auf dem ganzen Vermögen: wenn von diesem jezt die Hälfte ohne die Last der hälftigen Mitleidenheit an jenen Vortheilen auf die Kinder übergienge, so bekämen die Kinder offenbar mehr als die Hälfte des reinen Vermögens, oder, je nachdem man es ausdrücken will, einen um jene unbezogene Hälfte vergrößerten EhevertragsVortheil.

283.

Anerkennung unehelicher Kinder.

Wo eine Frauensperson unter ihrem rechten Namen, oder unter bekannten Leuten niederkommt, da ist mit dem Geburtsschein die Anerkennung unvermeidlich verbunden. Aber wo sie im Verborgenen niederkommt und unter einem erdichteten Namen, ihr Kind auch unter diesem eingeschrieben wird, da ist der Fall, wo Anerkennung oder Urtheil und Recht die Mutterschaft in Gewißheit sezen muß. Hat eine solche Frauensperson inzwischen geheyrathet, so kann deren Anerkenntniß zum Nachtheil des Mannes und der ehelichen Kinder nicht wirken, und ist daher für das natürliche Kind nur auf den Fall, wo beede nicht mehr vorhanden sind, von rechtlichem Werth. Daraus schloß Maleville ad Art. 337, daß die Frau keiner Ermäch-

Digitized by Google

tigung des Mannes zur Anerkennung bedürfe, weil er dabey nicht betheiligt sey; Dabelow I. §. 223. schließt umgekehrt, daß sie derin bedürfe, weil die Ermächtigung nicht den Zweck habe Nachtheil vom Mann, sondern Nachtheil von der Frau abzuwenden. Der erste Verfasser hat wohl in der Behauptung recht, wenn gleich der Gegengrund des lezteren richtiger ist. Beede betrachten die Anerkennung aus einem unrichtigen Gesichtspunkt, nemlich als ein Vertrags-Geschäft, das Verbindlichkeiten erzeugt, da sie doch nur ein Zeugniß über eine Thatsache ist, durch welches natürlich bestehende Verbindlichkeiten ihre bürgerliche Wirkungen erhalten. Nun ist es klar, daß nur dazu, um in bürgerlichen Rechtshändeln vor Gericht zu stehen, nach Saz 215 und 216, sodann zu Vermögens-Veräußerungen, Verpfändungen, und Erwerbungen, nach Saz 217, die Ehefrau einer Ermächtigung bedarf. Die Ablegung eines Zeugnisses oder eines Geständnisses über die Wahrheit einer Thatsache, nemlich der aus ihr erfolgten Geburt eines bestimmten Kindes, gehört in keine jener Klassen: mag sie also immerhin mittelbar auch auf das Vermögen nachtheilige Folgen erzeugen, nemlich die Verhaftung zur Erbgebühr, so braucht die Frau darum doch so wenig einer Ermächtigung des Mannes dazu, als zu einer andern Zeugen-Aussage, die auch nachtheilige Folgen erzeugen kann, oder als zu denen aus Halbverträgen, Vergehen und Versehen entstehenden Verbindlichkeiten, die auch gegen die Ehefrau ohne vorgängige Ermächtigung des Mannes wirksam sind. Deßwegen läßt der Saz 56 in Ermanglung des Vaters auf die Anzeige aller andern mit dem Geburts-Vorgang bekannten Personen, nach der bloßen Angabe der Mutter die

Geburtsbeurkundung zu, ohne dazu ihr eine Ermächtigung des Mannes aufzulegen, die wenn sie der Frau zur Anerkennung nöthig wäre, hier auch nothwendig im Gesez hätte erwähnt werden müssen, weil der Standesbeamte auf nichts achten und nichts eintragen darf, was nicht im Gesez für nöthig erklärt ist. Auch könnte der Rath eines Beystands nichts helfen, da er ihr nie rathen dürfte, etwas, was sie als Wahrheit erkennt, zum Nachtheil des Kinds zu verschweigen.

Was übrigens hier von der Ehefrau gesagt ist, dehnt sich im Badischen Staat, wo GeschlechtsBeystandschaft besteht, auf alle Frauenspersonen aus: sie verrichten nemlich gültig ohne Beystand die Anerkennung ihrer Kinder: denn das Gesez verlangt des Beystands Mitwirkung nicht für persönliche, sondern nur für solche Rechtsgeschäfte, welche auf das Vermögen eine unmittelbare Wirkung äussern, und nachtheilig ausfallen können. Daß das Erste hier der Fall nicht sey, sahen wir schon oben, und auch das Lezte ist es nicht, weil der Eintritt der natürlich gerechten Folgen einer That oder die bürgerliche Kraft einer natürlichen Verbindlichkeit vom Gesez niemals als Nachtheil betrachtet wird, vergl. Saz 69, Saz 1235, 1306 u. 1310. Badische BeystandschaftsOrdn. §. 4 und 6.

284.

LebensRettung als AnwünschungsGrund.

Von der LebensRettung als AnwünschungsGrund heißt die im Saz 345 beygesezte Bezeichnung: „es sey in einem

„Streit oder in Feuers- und WassersNoth" (soit dans un combat etc.) diese Worte will Dabelow I. §. 233 als Beyspiele angesehen wissen, und schließt daraus a) daß die Gesezverfügung nicht auf diese dreyerley Rettungs-Arten eingeschränkt sey, worinn er, wenn sein Vordersaz richtig wäre, auch wegen Saz 1164 Recht haben würde, sodann b) daß die Lebensrettung aus einer gefährlichen Krankheit durch einen Arzt auch eine gültige Anwünschungs-Ursache sey, worinn er im Allgemeinen niemals Recht hat. Die richtige Ansicht der Stelle ist diese: die Worte: es sey, soit, zeigen ihrer Natur nach niemals eine Erläuterung durch Beyspiele an, sondern eine Bestimmung eines vorhergehenden allgemeinen Ausdrucks auf die Fälle, worinn er angewandt werden soll, sie beschränken den Hauptsaz aber doch so, daß zugleich damit angezeigt wird, es solle die Beschränkung nicht auf einen einigen Fall bezogen werden, sondern auf mehrere von dem Gesez für gleichgeltend angenommene Fälle. Hiernach darf zu a unsere Stelle nicht auf jede Lebensrettung angewendet werden, sondern nur auf jene, welche in den benannten Fällen durch Rechts-Aehnlichkeit einbegriffen ist, dahin gehören dann nur jene Arten, wo jemand mit Darsezung seiner eigenen Lebenssicherheit, ohne aufhabende desfallsige bürgerliche Pflicht gegen den Geretteten, ihn aus einer Gefahr reißt; sie kann folglich zu b nicht jedem Arzt, der einen Kranken zu heilen das Glück hat, zu gut kommen, sondern nur demjenigen, der damit in obige RechtsAehnlichkeit eintritt; z. B., einen Arzt, der, ohne Pestarzt zu seyn, in einem geschlossenen Pestort reisete, um einem oder andern dort an der Pest Erkrankten durch seinen Beystand zu retten.

Digitized by Google

285.

Dauer der Elterlichen ErnährungsPflicht.

„Bey Personen von Vermögen und Stand" — so meynt Dabelow I. §. 157. — „seye die Dauer der Ernährungs-„Pflicht der Eltern bis dahin zu bestimmen, wo die Tochter „verheyrathet, und der Sohn durch ein öffentliches Amt, „oder ein Etablissement in den Stand gesezt sey, sich selbst „fortzubringen." Diese Behauptung in ihrer Allgemeinheit ist unrichtig. Bey den Töchtern kommt es auf die Vorfrage an, ob sie eigen Vermögen haben, von dessen Ertrag sie sich nähren können: in diesem Fall bringt der Sz. 369. unstreitig mit sich, daß die Eltern in dem Augenblick, wo ihre elterliche Nuznießung aufhört, sie nicht weiter zu ernähren haben, vergl. Erl. I. S. 275. Bey Söhnen kommt es ausser obigen Umstand noch auf den Weiteren an, ob die Eltern den Sohn ein seinen Mann nährendes Gewerbe haben erlernen lassen. Sobald dieses ist, und ihn nicht Krankheit ausser Stand sezt, solches für sich zu benuzen, so ist nach deutlicher Maasgabe des Sz. 369. der Vater zu weiter nichts schuldig, sondern der Sohn muß sich nun selbst durch die Welt bringen, und kann nicht verlangen, daß erst ein öffentliches Amt oder eine Gewerbniederlassung ihm verschaft werde, und er alsa vom Vater, der der Ernährungslast los seyn will, in den Stand gesezt werde, Familienhaupt zu seyn. Dieses würde geradezu gegen Buchstaben und Geist des Sz. 204. anstossen. Aber freylich, wenn der Vater den Sohn in eine Laufbahn bringt, wo er seinen Lebensberuf noch nicht als nährend treiben kann, z. B. in eine Stelle,

Digitized by Google

wo er vorerst umsonst dienen muß, und der Sohn kann nicht aus eigenem Vermögen sich erhalten, so ist diese Ernährung Elternpflicht.

286.

VormundsErnennung durch den Familien-Rath.

Weil der Sz. 401. von Personen spricht, welche schuldig sind die Vormundschaft anzunehmen, wenn sie keine befreyende EntschuldigungsUrsachen haben, so will daraus geschlossen werden, „daß eben diese Personen auch ein An„recht auf die Tutel haben, und nicht anders übergangen „werden können, als wenn wichtige und gegründete „Ursachen zu ihrer Uebergehung vorhanden sind.“ Dabelow I. §. 261. Dieser Schluß ist schon darum unbeweisend, weil er zu viel beweißt: denn nach Sz. 432. gehören unter die Personen die schuldig sind Vormundschaften anzunehmen, nicht nur alle Verwandte und Verschwägerte, die im Umkreis von acht Stunden (vier Myriameter) wohnen, sondern bey deren Ermanglung auch alle Fremde, d. h. NichtVerwandte: wer wollte aber behaupten, daß alle diese ein Recht hätten zu begehren, daß keiner von ihnen ohne wichtige und gegründete Ursachen übergangen werde? Wer sollte auch die Darlegung solcher Gründe fordern? wer sie prüfen dürfen? ohne Schuldigkeit zur Darlegung und Prüfung der UebergehungsUrsachen läßt sich aber kein bürgerliches Recht (denn das soll doch wohl das im Süddeutschland unbekannte Wort: Anrecht, hier bezeichnen) geben-

ken: denn eine Schuldigkeit, deren Nichtbeobachtung jedem frey stünde, weil niemand solche rügen und ahnden kann, wäre sicherlich kein bürgerliches Recht. Die richtige Ansicht der Sache ist allein folgende: sobald die Reihe jener Vormünder erschöpft ist, welche das Gesez ruft, nämlich Eltern, von Eltern Ernannte, und männliche Ahnen, so hat der FamilienRath unter allen in dem obengedachten Umkreis seßhaften Verwandten und Verschwägerten freye Wahl; wenn darunter keine Taugliche sich finden, so hat er die nämliche Wahl unter den NichtVerwandten des UntergerichtsBezirks. Wahl sezt immer voraus, daß man sich für den Vorzug des Einen vor dem Andern bestimmen dürfe, ohne seine Bestimmung durch Gründe zu rechtfertigen, daß mithin beede Fälle unter denen man wählt, gesezlich gleich gelten. Sobald man Gründe angeben muß, gelten beede Fälle nicht gleich, sondern der Zweyte ist auf den Ungrund des Ersten bedingt. Dieses tritt da ein, wo von der Reihe der Befreundeten auf die Reihe der Fremden übergangen werden soll, welchen Uebergang der Sz. 432. auf den Fall des NichtDaseyns tauglicher Verwandten bedingt, hier hat der Familienrath keine Wahl; sobald ein Fremder, der von ihm ernennt wird, ihm Verwandten innerhalb jenes Umkreises nachweiset, muß er Gründe angeben, die solche zu Führung der Vormundschaft untauglich machen, sonst ist seine Ernennung gesezwidrig, und daraus folgt umgekehrt, daß auch, wenn ein solcher Verwandter auftritt, er auf gleiche Art seine Ernennung vor Fremden betreiben könne, weil er in einer früher berufenen Reihe steht. Aber eben darum, weil das Gesez jenes Entschuldigungsrecht des Fremden nur auf diesen Fall des Uebergangs von Verwandten zu Fremden beschränkt, legt

er damit an den Tag, daß solches nicht den Verwandten unter sich, oder den Fremden unter sich gegeben seyn solle, daß folglich kein Verwandter wegen der größern Nähe eines Andern kein Fremder wegen der besseren Tauglichkeit eines andern Fremden, sich solle entschuldigen, keiner von beeden vor dem Andern, der mit ihm in einer gleichen Reihe der Berufung stehet, einen Vorzug solle ansprechen können. Dieses bestätigt sich durch den Zusammenhang der Gesezgebung. Nur zu der Ausschliessung und bey der Abschaffung des Vormunds wird dem Familienrath aufgelegt, seine Gründe in den Beschluß zu legen, Sz. 447., hingegen bey der Ernennung nicht, Sz. 416.; nur um sich gegen eine Ausschliessung, d. h. Uebergehung eines Anspruchs aus angegebenen UnfähigkeitsUrsachen, Sz. 442., oder gegen eine Abschaffung, d. h. Entlassung aus Unfähigkeits-Ursachen, Sz. 444., bey der Vormundschaft zu erhalten, Sz. 448., gibt das Gesez Rechtsmittel; aber so wenig es irgendwo einem Seitenverwandten vor dem Andern Pflicht oder Anspruch zur Vormundschaft zugewiesen hat, so wenig hat es ein Rechtsmittel erwähnt, um die Ernennung zu einer Vormundschaft zu erlangen. Es fehlt demnach jedem solchen Verwandten an der nach Sz. 6. erforderlichen Grundlage einer klagbaren Forderung an den Familienrath ihn vor andern Verwandten zu ernennen, wenn man auch zugeben könnte, daß natürliche Billigkeit ihm einen Vorzug gäbe. Es wäre überdieß ein solches Recht, und die Verbindlichkeit des Familienraths für das Beste der Waisen treulich zu sorgen, ganz unvereinbarlich. Dann wie oft sind nicht gute Gründe da, einen näheren Verwandten für untauglich zu halten, ohne daß man sie beweislich, also gerichtlich geb-

tend machen kann? Wie oft sind es solche, wo das Familien-Wohl und das Beste des Mündels fordert, sie nicht öffentlich zur Sprache zu bringen? Müßte hier der Familienrath seine Ernennung immer auf den nächsten Verwandten richten, bis wichtige und gegründete Ursachen vorhanden sind, also beurkundet da stehen, Erl. III. S. 235., hätte er mithin nicht freye Wahl, sondern nur gebundene ErnennungsRechte, wie könnte noch irgend eine Vorsorge für das Beste der Waisen bey einer Ernennung statt finden?

287.

Verantwortlichkeit des FamilienRaths.

Dem Rechtswesen eines Familienraths wird von Dabelow I, §. 265. Na. b. der Vorwurf gemacht, „daß der „Mündel durch ihn noch immer genug gefährdet werden könne, „und daß die aufgehobene Responsabilität desselben durchaus „zu nichts tauge." Das Erstere mag hier unberührt bleiben; es ist noch nicht erwiesen, daß die bisherige obrigkeitliche Obsorge den Mündel weniger gefährdet habe, das Gegentheil möchte leichter zu beweisen seyn, und gewiß ist wenigstens, daß sie ihn gefährden konnte, darum müßte man also auch sie abschaffen, wenn jener Gegengrund schliessend seyn sollte. Dieser Schluß indem er zu viel beweiset, beweißt nichts. Auch die Verantwortlichkeit des Familienraths ist nicht aufgehoben, sondern nur nicht besonders festgesezt, und zwischen beedem ist ein großer Unterschied. Im ersteren Fall könnte nie eine Rechenschaft statt finden, und das würde nachmals freylich nichts taugen: im andern Fall

Digitized by Google

kann zwar der FamilienRath als eine bürgerliche Person, nicht zur Verantwortung gezogen werden, wegen abmangelnder gesezlicher Grundlage, aber jedes einzelne ihm beysizende Glied bleibt unter der allgemeinen Verbindlichkeit der Säze 1382. und 1383. dem Andern wegen Schaden aus unrechten Thaten, Nachläßigkeiten und Unverständigkeiten zu entschädigen, eben darum weil kein Gesez ihn davon ausnimmt. Daß aber keine engere und den FamilienRath im Ganzen treffende Amtsverantwortlichkeit mit diesem Amt verbunden wurde, das war allerdings sehr gut. Denn so lang man nicht besondere Mängel der Ernennung beweisen, sondern seine Klage nur auf allgemeine Voraussicht, daß die Ernennung nachtheilig wirken werde, gründen dürfte, so lang würde unter hundert Klagen der Mündel kaum eine Einzige vom Richter auf gleiche Art mit der befangenen Parthie beurtheilt, und mithin nur zu geldfressenden und erbitternden Prozessen unter Verwandten der Stoff geschaffen, und damit dem Mündel am übelsten gebettet worden seyn, indem jezt, wo eine solche AmtsVerantwortlichkeit der ObrigkeitsPersonen gesezlich ist, solche nur darum weniger entstehen, weil niemand gern gegen Obrigkeiten einen Prozeß wagt.

288.

Vormundsgewalt bey gewinnenden Rechts-Geschäften.

In meinen Erl. I. Th. S. 325. ist, wiewohl nur im Vorübergehen, die von einem Vormund geschehene Annahme einer

einer Schenkung, und jene eines Vermächtnisses oder einer Erbschaft, als gleichwirksam in Bezug auf den Mündel hingestellt. Dabelow I. §. 282. Nro. 3. behauptet, daß deßfalls ein Unterschied zwischen Erbschaften und Schenkungen gemacht sey, und beantwortet sich die Frage: warum dieses wohl geschehen sey? mit dem vermutheten Grunde, „daß „durch eine Schenkung nie so viel Nachtheil als durch eine „Erbschaft zugefügt werden könne." So wenig dieser Grund allgemein richtig ist, weil der Nachtheil sehr von Umständen abhängt, indem z. B. eine Schenkung mit einer Leibrente belastet viel lästiger seyn kann, als manche Erbschaft: so wenig dürfte das Daseyn eines Unterschieds selbst Grund haben. Dreyerley Verschiedenheiten in der Wortfassung der Säze 461. und 462. gegen den Sz. 463. leuchten dem aufmerksamen Leser in die Augen. a.) Bey den Erbschaften ist Annahme und Ausschlagung auf die Ermächtigung des Familienraths ausgesezt, bey den Schenkungen nur die Annahme: dieses hat tief in der Natur der Sache seinen Grund; die Erbschaften fallen kraft Gesezes an, Sz. 724., es bedarf daher zu ihrem NichtErwerb einer ausdrücklichen Handlung, wodurch der Anfall aufgelöst wird, so gut als es zu ihrem Erwerb einer solchen bedarf, um den bedingten Anfall in einen unbedingten umzuwandeln; beede Handlungen als eigene Rechtsgeschäfte sind einer Ermächtigung fähig; so lang keine von beeden geschehen ist, bleibt dem Erben sein angefallenes Recht, wiewohl nur in ruhendem Stand. Bey Schenkungen aber bedarf allein die Annahme einer ausdrücklichen Handlung; die Nichtannahme kann durch blosses Nichtsthun zu Stande kommen, für welches als solches eine Ermäch-

tigungsNachsuchung ungedenkbar ist, weil diese immer ein Thun voraussezt. Hier konnte in Hinsicht auf Leztere eine Ermächtigung nicht für nothwendig erklärt werden. Eben deswegen stellt der Sz. 935. eine Schuldigkeit des Vormunds zum AnnahmsAntrag an den Familienrath auf, wodurch dessen einseitige und eigenmächtige Entschliessung abgelehnt wird, und er verbindet damit als Gegenmittel gegen den Schaden des Nichtsthuns zugleich eine Befugniß der Eltern und Ahnen bey einer Saumsal des Vormunds selbst in das Mittel zu treten. In dieser ganzen Stelle liegt keine Angabe eines Unterschieds zwischen den gesezmässig angenommenen Erbschaften und Schenkungen. Wenn übrigens der obgenannte Verfasser meynt, ein Vormund könne weder mit noch ohne Beywirkung des Familienraths eine Schenkung ausschlagen (repudier) so unterstellt er einen irrigen Begriff dieses Worts, welches die Entsagung auf ein angefallenes Recht bezeichnet, mithin auf Schenkungen vor der Annahme nicht anwendbar ist. Nur die Erklärung der NichtAnnahme kann in Frage kommen, und eine solche Erklärung kann der Vormund niemals geben, weil der Sz. 935. ihm die Annahme — so lang sie der Familienrath nicht untersagt — zur Pflicht macht. Eine zweyte im Gesez bemerkbare Verschiedenheit ist es, daß, b.) bey Erbschaften eine Annahme nachzuholen, sowohl dem Vormund als dem Mündel nach erlangter Großjährigkeit erlaubt ist; bey Schenkungen hingegen davon nichts geschrieben steht. Es konnte aber auch hier nichts desfalls gesagt werden; denn will der Geschenkgeber hinterher noch eine Annahme zulassen, so versteht es sich von selbst, daß kein Dritter solches hindern kann, und daß sie alsdann als neue Schenkung

Digitized by Google

gilt, so weit sie die erforderlichen Eigenschaften hat; will er aber nicht, so kann nach Sz. 932. für Minderjährige so wenig, als für Großjährige, eine Nachholung der Annahme eintreten. c.) Von Schenkungen ist gesagt, daß die vom Vormund angenommenen gleiche Gültigkeit haben, wie die von einem Großjährigen angenommenen; wegen der angenommenen Erbschaften ist dieses nicht gesagt. Die Ursache davon ist, weil die Erbschaften nicht unbedingt, sondern nur mit Erbvorsicht vom Vormund angenommen werden dürfen, also niemals dem Mündel nachtheilig werden können, daher es nie ein Anliegen für ihn seyn kann, die Annahme umzustossen, und man nicht nöthig hatte, darüber eigens Verfügung zu treffen.

289.

VormundsGewalt in Bezug auf Klagen.

Ueber FahrnißKlagen hat der Vormund freye Macht sie zu erheben, und auf erhobene zu antworten, Erl. I. S. 337. Bey LiegenschaftsKlagen ist so viel gewiß, daß er sie ohne Obervormundschaftliche Genehmigung nicht erheben kann, Sz. 464. Aber ob er ohne solche sie nicht beantworten dürfe, das will für zweifelhaft angesehen werden, Dabelow I. 281. Für eine Berechtigung dazu soll geltend gemacht werden, daß der Vormund TheilungsKlagen, die er ohne jene Ermächtigung nicht anstellen darf, ohne sie beantworten dürfe, nach Sz. 465. Wider sie soll streiten, daß bey TheilungsKlagen weniger Gefahr für den Mündel sey (welches doch wohl nur sehr unter Einschränkungen sich sagen läßt)

Digitized by Google

und daß, um bey liegenschaftlichen Zueignungsklagen das Nämliche gelten zu lassen, jene BeantwortungsErlaubniß dem Vormund nicht bestimmt auf den Fall der Theilungsklagen würde haben gegeben werden dürfen. Man kann selbst noch hinzufügen, daß in einem nicht ganz unähnlichen Fall bey den Gewaltsentlassenen die Beantwortung der LiegenschaftsKlagen so gut als deren Anstellung dem Entlassenen entzogen worden ist: wogegen jedoch auch sich erwiedern läßt, daß gerade darum, weil bey ihm beedes und bey dem Vormund nur die Anstellung ohne Ermächtigung untersagt ist, die Absicht des Gesezgebers nicht seyn könne, in ihr den Vormund einzuschränken. Dieses Leztere ist auch das Wahre: aller Zweifel hebt sich durch genauere Erwägung der Worte des Sz. 464., dieser gebietet dem Vormund einen liegenschaftlichen Anspruch zu erheben oder nachzugeben ohne FamilienrathsBewilligung; soll er nicht nachgeben, so muß er ja wohl auf erhobene Klagen antworten, weil Nichtantwort ein Nachgeben zur Folge hätte, also ist antworten ihm vor sich selbst Pflicht, folglich auch sein Recht, und erst wenn er glaubt nicht hinlänglich antworten zu können, sondern nachgeben zu müssen, ist er schuldig einen solchen Streit an den Familienrath zu bringen.

290.

Nuznieſſung der Bodenfrüchte.

Der Sz. 598. gibt dem Nuznießer das Recht, eröfnete Bergwerke, Steingruben, Torfgruben, zu genießen; nur sie zu eröfnen spricht er ihm die Befugniß ab. In Bezug auf

jenes Genußrecht ſezt er noch hinzu: et neanmoins s'il s'agit d'une exploitation, qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'apres en avoir obtenu la permission de l'Empereur. Dabelow II. §. 326. ſchließt hieraus:

1.) Der Nuznießer müſſe immer eine neue Bewilligung vom Regenten ſuchen, und die dem Eigenthümer ertheilte komme ihm niemals zu gut, wozu er in der Entſtehungs-Geſchichte dieſes Sazes Gründe zu finden glaubt; er ſchließt daraus,

2.) daß die ganze Beſchränkung des Nuznießers, alſo auch jene wegen dem Verbot der neuen Eröfnung, nur die durch bergmänniſchen Bau zu gewinnende NaturErzeugniſſe angehe, daher auf gemeine Steinbrüche, Sand- und Lehmgruben, WurzelTorfgruben u. d. gl. nicht zu beziehen ſey. Wenn

zu 1.) derſelbe Recht haben mag, daß nach franzöſiſcher Staatsverfaſſung die BergwerksBewilligungen für ſtreng perſönlich gelten, und mithin vom Eigenthümer auf den Nuznießer nicht fortwirken, welches hier dahingeſtellt bleibt, ſo iſt doch dieſe Reinperſönlichkeit in unſerer jezigen Staats-Verfaſſung ſo wenig als im älteren deutſchen Herkommen gegründet: Badens KonſtitutionsEdikte belaſſen die älteren Bergwerke gewiſſen Familien erblich, Erl. I. S. 429., und auch die neueren Bewilligungen werden nie auf die Perſon beſchränkt. In dieſem Sinn wäre der Saz daher für hieſige Lande nie paſſend geweſen. Deswegen überſezte unſer Landrecht „Eine Betriebsart, die ohne Obrigkeitliche Erlaubniß nicht unternommen werden darf, ſoll der Nuznießer „ſich nicht anmaaßen, ehe er die StaatsErlaubniß dazu er-

„halten hat.“ Hiernach sagt für uns diese Stelle keineswegs, der Nuznießer dürfe die dem Eigenthümer gegebene Erlaubniß nicht benuzen, sondern nur so viel sagt sie, er dürfe jene Erlaubniß nicht auf andere BenuzungsArten ausdehnen ohne neue Bewilligung: also z. B. wer zum Schürfen Erlaubniß hat, dessen Nuznießer kann ohne weiters auch schürfen, aber wann er nun nach Entdeckung mächtiger Gänge Stollen und Schachten anlegen will, dann muß er neue StaatsErlaubniß dazu einholen. So genommen hat das Gesez seine richtige Beziehung auf die öffentliche Ordnung, deren es hingegen ganz gleichgültig seyn kann, ob derjenige Kunz oder Peter heißt, welcher eine einmahl gegebene, also mit dem Staatswohl verträglich erfundene Bewilligung sich zu Nuz macht. Freylich ist auch bey der Betriebsart der Staat immer noch so weit betheiligt, daß sie nicht kunstwidrig geschehe, allein dafür ist der Bergbauer an die Bergordnungen und Bergschau gebunden, so wie der WaldEigenthümer an die Forstordnungen und Forstschau: so wenig Leztere Beweggrund werden konnten, die Nuznießung der Forsten an eine besondere Staatsbewilligung zu binden, so folgewidrig wäre es die Nuznießung der erlaubten Bergwerke darauf auszusezen.

Zu 2.) Ganz irrig ist es übrigens, wenn aus diesem Umstand der NichtEröfnung neuer Werke ohne StaatsBewilligung, welcher mit der Einschränkung des Nuznießers keinen nothwendigen Zusammenhang hat, man nun diese Einschränkung auf bergmännisch zu betreibende, also einer StaatsBewilligung bedürftige Anlage einschränken will. Alle sogenannte Bodenfrüchte, d. i. alle jene NaturErzeugnisse, die ergänzende Theile des Bodens, nicht bloß je-

weilige Erzeugnisse desselben sind, also z. B. Sand, Lehm, Kiesgestein, Erzgestein, u. d. gl., sind wahre Theile des Bodens, und dieser ist die nuznießliche Sache, die nur ohne Veränderung benuzt werden darf. Wie könnte der Nuznießer jene Theile an sich nehmen, die ohne wesentliche Veränderung und Entwerthung des Bodens nicht bezogen werden können? So lang der Boden noch als Boden (Solum) betrachtet wird, gelten sie als wesentliche Stücke desselben, nicht als Ertrag zum Genuß, d. h. als Früchte, deswegen kann der Nuznießer niemals aus seinem Nuznießungstitel ein Recht zum Erwerb solcher Bodentheile herleiten, da dieser ihm gebietet, die Sache nur wie sie ist und unbeschadet ihres Bestand und Wesens (Salva Substantia) zu benuzen, Sz. 598. Nur alsdann erst, wenn der Eigenthümer schon den Boden in eine Kunstanlage umgeschaffen hat, z. B. ein Bergwerk, eine Torfgrube, erlangen die auszuhebenden Theile des Bodens, als z. B. Gesteine, Torfschichten, die Natur der Früchte, und erst da, wo selbiger nicht als Boden, sondern als Kunstanlage, in die Nuznießung übergeht, ist der Nuznießungstitel von der Art, daß er den Erwerb dieser Bodenfrüchte dem Nuznießer zuweiset. So betrachtet, ergreift offenbar die Beschränkung des Nuznießers so gut die gemeine als die durch bergmännischen Bau zu gewinnende Bodenfrüchte. Uebrigens hätte unser Gesezbuch bey genauer Festhaltung jener Ansicht für fahrende Gemeinschaftsehen, in welche die liegenden Gründe nur zur Nuznießung eingebracht werden, Sz. 1410. Abs. 2. und 1403., dem Mann eben auch die Eröfnung neuer Anlagen gar nicht gestatten sollen; dennoch gab es aus Gründen, welche tief im ehelichen Verhältniß lie-

Digitized by Google

gen, Erl. III. S. 326., ihm die Erlaubniß dazu, jedoch mit dem Beysaz: „les produits n'en tombent dans la communauté, que sauf recompense ou indemnité à celui des epoux, a qui elle pourra être dû. Diese Worte könnten an sich betrachtet so verstanden werden, das daraus genommene solle nach Auflösung der Gemeinschaft demjenigen Theil als Voraus zugewiesen werden, aus dessen Gütern es gehoben ist, und wirklich würde dieses folgerichtig zum Ganzen gewesen seyn, weil bey unerösneten Werken diese Bodenfrüchte nicht als Genuß, sondern als Zugehörde der unverändert zurückzugebenden Liegenschaft in die Ehe kamen. Aber man würde bey Annahme dieses Sinns einer Folgerichtigkeit das wichtigere Staatswohl aufgeopfert haben, weil unter einer so wenig belohnenden Bedingung kein Ehemann hätte wagen können, einen neuen Bergbau auf Frauengut zu beginnen, und dem Staat doch an möglichster Bebauung aller für den KunstFleiß diensamen NaturErzeugnisse viel gelegen ist. Diese Ansicht lag daher auch nicht im Auge der Gesezverfasser, sondern ihre Absicht bey obiger Stelle war gedoppelt: einmal α.) dem Mann, der etwa in Hoffnung künftiger Ausbeute unbelohnte Auslagen aus dem Seinigen gemacht hatte, Ersaz zu sichern, sodann β.) der Frau, deren Grundstück aus seiner vorigen Benuzungslage gekommen ist, wenn nun etwa die Hoffnung einer Ausbeute fehlschlägt, und mithin die Einträglichkeit dieser veränderten BenuzungsArt wegfällt, die Herstellung des Grundstücks zu seiner vorigen Erträglichkeit zu sichern. Dabelow II. §. 1137. Die erste Rücksicht zu α.) hatte die Badische Gesezkommission bey ihrer Ueberseżung nicht in das Auge zu fassen; denn sind die unbelohnten Auslagen aus der Fahr-

niß, also aus der Gemeinschaft gemacht, so gehen sie ohnehin dadurch auf beeder Ehegatten Kosten, und hat also der Mann keinen Ersaz zu fordern; hat aber der Mann zu deren Behuf eigene oder weibliche Liegenschaften veräußert, mithin in Fahrniß umgesezt, so sichert der Sz. 1470. Abs. 2. ohnedieß schon deren Ersaz. Nur dafür war bey der Uebersezung zu sorgen, daß zu β.) die VergütungsForderung der Frau gehörig bezeichnet werde. Diese solle, wie gesagt, nur auf die Kosten der Herstellung des Bodens zu seiner vorigen Ertragbarkeit gehen, nicht auf die vergeblich in den Bau aufgewendeten, also der Gemeinschaft abgegangenen Gelder; sie durfte auch auf mehr nicht gehen, weil die Verwaltung der Gemeinschaft mit ihrem Nuzen oder Schaden ganz von der Willkühr des Mannes abhängt, Sz. 1421. Um dieses auszudrüken, wurden jene oben angezogenen Worte dahin im Landrecht übersezt: „es fällt die Ausbeute „nur mit der Last der Vergütung oder Entschädigung we„gen des nicht gemeinschaftlichen Bodens in die „Gemeinschaft."

291.

Unterlassung der NuznießungsVerzeichnisse.

Ob die Erlassung der Verzeichnungspflicht des Nuznießers wegen fahrender Habe statt finde, und was eine Unterlassung dieser Pflicht wirke, darüber theilen sich die Meynungen. Zu ersterer Frage antwortet Maleville ad Art. 600. mit ja, weil der, wer die Nuznießung gibt,

auch die Bedingung des Gebers sezen könne, und diese Bedingung unverboten sey. Dabelow II. 328. sagt: nein, weil die Verzeichnung eine Sache sey, welche die öffentliche Ordnung betreffe, gegen welche kein Privatwille anstossen dürfe. Diese leztere Ansicht bestärkt sich dadurch, daß der Sz. 600. sagt: der Nuznießer darf in den wirklichen Genuß nicht eintreten, ehe er ein Verzeichniß gemacht hat (il ne peut entrer). Was das Gesez unter solchen Ausdrücken gebietet oder verbietet, ist allemal dadurch der Privatwillkühr entzogen, und so weit es geschieht, durchaus nichtig, Sz. 6. l.: sie wird weiter unterstüzt durch die Säze 948—950., welche eine mit Vorbehalt einer Nuznießung belegte FahrnißSchenkung nur so weit für gültig erklären, „als dem SchenkungsAufsaz ein Verzeichniß beyliegt, „das ihren Anschlag meldet, und von dem Geschenkgeber „und Nehmer oder von denjenigen, die an des lezteren Statt „annehmen, unterzeichnet ist.“ Aus dieser lezten Stelle die zu der vorhergehenden in Doppelrücksicht (correspectivitas) steht, geht zugleich hervor, daß der Nuznießer nicht an eine öffentliche Verzeichnung gebunden sey, wo nicht andere sie begründende Umstände, z. B. Minderjährigkeit des Eigenthümers, hinzukommen.

Was aber die Wirkung der Unterlassung betrifft, so ist darüber nichts bestimmt gesagt. Maleville meynt den Nießbrauch verliere der Nießer darum nicht. Dabelow meynt, er könne dessen beraubt werden, bis er der Gesezvorschrift ein Genüge gethan. Wenn der Ausdruck beraubt werden eine richterliche Entsezung für die Zukunft anzeigen soll, wie es die Eigenthümlichkeit des Worts mit sich bringt, so dürfte man ihm nicht Beyfall geben, da der Sz. 618.,

Digitized by Google

der die desfallsige richterliche Befugsame ausdrückt, diesen Fall nicht mit darunter aufzählt. Dagegen ist das Wahre dieses: das Gesez vermög obiger Ausdrücke will, daß die Antretung der Nuznießung ohne Verzeichnung der Fahrniß als ungültig angesehen werde, folglich kann der Eigenthümer auf Herausgabe der unverzeichnet in Besiz genommenen Fahrniß sammt ihren Nuzungen dringen; da aber nur die Antretung (entrée en jouissance) unter jenem Rechtsnachtheil verboten ist, so ist es hier wie mit einem Vermächtnißnehmer, der ohne das Ansuchen an den Erben vom Vermächtniß Besiz nimmt, er muß es herausgeben und verliert die Früchte rückwärts und vorwärts, bis das gesezliche Erforderniß gehörig hergestellt ist. Wie es übrigens bey Rückforderungen, die nun gleichbald aus vorigem Anlaß etwa eintreten, oder die am Ende der Nuznießung vorkommen, wegen den stellvertretenden Beweisen zu halten sey, darüber gibt der Sz. 1504. durch Rechtsähnlichkeit die Entscheidung dahin: der rückfordernde Eigenthümer, weil er derjenige nicht ist, dem die Sorge für die Verzeichnung zur Pflicht gemacht war, bedient sich der Berufung auf Urkunden, Zeugen, und selbst auf den gemeinen Ruf als Mittel zum Beweis seiner Forderung, der Nuznießer aber, der seine Pflicht unterlassen hat, kann wegen keinem durch annehmliche Beweise angesprochenem Stück mit einem Gegenbeweis des Eigenthums zugelassen werden.

Digitized by Google

292.

Merkmahle der Gemeinschaftlichkeit der Scheidmauern.

Eine sonderbare Frage über die Merkmahle der Gemeinschaftlichkeit der Scheidmauern ist auf die Bahn gebracht worden, nämlich ob ausser denen im Sz. 654. erwähnten noch andere zuläßig seyen. Maleville ad Art. 954 sagt Ja, und führt zwey an, a) wenn die Mauer zwischen einem höher und einem tiefer liegenden Grundstück sich befindet, wo sie dem ersteren anzugehören vermuthet wurde, weil man annehmen könne, sie sey gemacht, damit auf die tiefer liegende Grundstücke die Erde nicht herab schieße (gleich als ob nicht oft dem unterliegenden Gut eben so viel oder mehr daran gelegen seyn könne, von fremdem Grund und Boden nicht überschüttet zu werden) b) wenn von denen durch Scheidemauern gesonderten Gütern das Eine ein Weinberg, das Andere ein Acker ist, wo die Vermuthnng vorzugsweise für den Weinberg des Eigenthümers seyn soll, weil ihm vorzugsweise daran gelegen sey, sich einzuschließen, (gleich als ob nicht auf dem Ackerland auch Früchte gebaut werden könnten, die eben so gut als Trauben des Einschließens bedürftig und werth seyen). Dabelow II. §. 653 sagt auch Ja, will aber von der Richtigkeit jener Vermuthungen ohne Angabe besonderer Gründe nichts wissen, und dagegen das Hauptkennzeichen immer auf die Beschaffenheit der Mauer selbst gründen, und daher c) zugemauerte Fenster als einen VermuthungsGrund, daß die Mauer einem oder dem andern Theil allein zugehöre,

Digitized by Google

gelten lassen. Welchem? was doch eine Hauptfrage wäre, läßt er unbestimmt. Daß nach Saz 575 Oefnungen einer gemeinschaftlichen Mauer ohne Bewilligung des Nicht-Eigenthümers nicht gemacht werden können, daß folglich in ihr solche Zumauerungen allemahl auch da entstehen müssen, wo eine solche Bewilligung nur auf gemessene und verlaufene Zeit ertheilt war, wie dieses nicht minder da der Fall ist, wo zwey Gebäude zuvor Einen Herrn hatten, der in der Folge Eines davon veräußerte. Wahrlich dieses Merkmahl ist unter allen am wenigsten Folgegebend für ein einseitiges Eigenthum des Einen oder Andern der zwey GrenzNachbarn! Der Unterschied zwischen gesezlichen und richterlichen Vermuthungen muß hier vorzüglich ins Andenken kommen: eine gesezliche Vermuthung können nur die im Saz 754 genannte Eigenschaften der Scheidemauern wirken, aus dem handgreiflichen Grund, weil nur jene Vermuthung, welche ein Gesez aufstellt, und nicht jede, die ein Rechtsdiener zu ziehen vernünftig findet, gesezlich wird. Aber richterliche Vermuthungen für einseitiges Eigenthum gibt es noch mehrere, und dazu können alle drey obige unter Umständen gehören, welches der weisen Erwägung des Richters anheim gestellt bleibt, Saz 1353. Niemals aber können diese und andere dergleichen zu dem Rang der gesezlichen im Saz 954 genannten aufsteigen: wenn diese den Beweisführer vom Beweise befreyen, so lassen jene ihm die Last aufliegen und dienen ihm nur als Hülfsmittel, um sie zu tragen. Die Fassung des Gesezes deutet dieses klar genug an: denn der Saz 953 sagt allgemein: das gemeinschaftliche Eigenthum wird vermuthet insofern nicht sinnliche Merkmahle des Gegentheils

vorhanden sind, und der Saz 954. bestimmt nachmals zweyerley Umstände, wo die Vermuthung für die Ausschließlichkeit des Eigenthums seyn soll. Wo also diese nicht eintreffen, da können zu einer Aenderung der im vorigen Saz aufgestellten Vermuthung der Gemeinschaftlichkeit, die sinnlichen Merkmahle nicht mehr dienen, ob sie gleich an sich als VermuthungsBeweismittel immer gebraucht werden können.

293.

Unterschied zwischen Scheidmauern und Scheidhecken.

Daß zwischen Scheidmauern und Scheidhecken auch ein Unterschied im Recht sey, will Manchem nicht einleuchten, der daher die Abweichungen des Sz. 653 und 670 lieber in einer gewissen Nachläßigkeit finden will, welche der Abfassung des Code eigen sey; Dabelow II. §. 658. An lezte werden nun diejenige nicht glauben, welche nicht schon darum, weil etwas französisch ist, ihm den Anspruch an Gründlichkeit versagen: denn die Art der Entstehung spricht zu sehr gegen diese Anschuldigung, wenn gleich jenes Gesezbuch von dem Loos der Menschheit, nicht ganz ohne Mängel zu seyn, nicht frey seyn kann. Der Saz 653 und 670 nehmen beede die Urkunden für Beweismittel der Ausschließlichkeit einer Scheidung an: aber darinn weichen sie ab, daß bey Scheidmauern sinnliche Kennzeichen der Eigenthümlichkeit geordnet sind, bey Scheidhecken nicht;

wogegen bey Scheidhecken Besizstand für Merkmahl erklärt ist, dessen zu diesem Zweck bey Mauern nicht erwähnt ist. Sehr unrecht will nun das lezte Merkmahl verbesserungsweise auch auf Scheidwände übergetragen werden. Bey diesem steht es in der Regel jedem frey, sich seines Miteigenthums zu entschlagen, Sz. 656., und dennoch in dem Bedürfnißfall wiederum daran Theil zu nehmen, Sz. 661., auch mit Fortbestand der Gemeinschaftlichkeit einseitige Benuzungen daran zu machen, Sz. 657. Unter diesen Umständen wäre es in schlechtem Einklang zum Ganzen gestanden, wenn das Gesezbuch den einseitigen Besizstand zugleich für Merkmahl des ausschließlichen Eigenthums hätte erklären wollen. Nur bey Hecken, die keine einseitige Benuzung zulassen, so lang sie gemeinschaftlich sind, gieng dieses an.

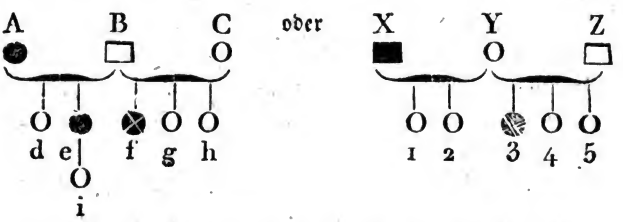
294.

Zusammenstoß der Stief- und Halbgeschwister in Erbschaften.

Nachdem was in den Erl. II. S. 121. gesagt ist, fällt in dem dort genannten Beyspiel I., wo jemand stirbt, der beede Eltern und vollbürtige Geschwister, sodann Geschwister, welche nur den Vater und welche nur die Mutter gemein haben, d. i. Halbgeschwister und Stiefgeschwister, am Leben hat, $\frac{1}{4}$ auf jeden Eltern Theil, dann $\frac{1}{4}$ auf väterliche Seite, worein sich die Vollbürtigen mit den Halbgeschwistern theilen und $\frac{1}{4}$ auf mütterliche, worein sich die Vollbürtigen mit den Stiefgeschwistern theilen. Der weitere gedenkbare Fall wurde dort durch Beyspiele nicht versinnlicht,

Digitized by Google

wo unter übrigens gleichen Umständen nur von einer Seite her halbbürtige Geschwister da sind, nämlich nur Halbgeschwister oder nur Stiefgeschwister, indem man glaubte, es könne dem, der den Sz. 752. bedächtlich lieset, kein Zweifel obwalten, daß in diesem Fall auf jener Seite, wo keine halbbürtige Geschwister sind, das vollbürtige Geschwister den Theil dieser Seite allein ziehen, weil niemand von jenen vorhanden ist, dem jener Saz das Theilnahmsrecht gibt. Nichts kann inzwischen, das zeigt dieser Fall, so deutlich seyn, das nicht in Zweifel gezogen würde. Denn Dabelow II. §. 693. Nro. III. entscheidet zwar den ersten Fall, wo vollbürtige Geschwister und Halbbürtige von beeden Seiten da sind, ganz gleichförmig mit obiger Angabe, aber für die Fälle, wo nur von einer Seite dergleichen vorhanden sind, also z. B.



behauptet er, aus Ursachen die er nicht erklärt hat, und die ich nicht zu finden wüßte, die Stiefgeschwister d. i. erbten an f. oder die Halbgeschwister 1. 2. an 3. die Hälfte der Hälfte oder $\frac{1}{4}$. und die Vollbürtige g. h. oder 4. 5. die andere Hälfte, statt daß doch nach richtiger GesezAnwendung g. h. ihr Erbtheil väterlicher Seits ad $\frac{1}{4}$ ganz nehmen, so wie 4. 5. ihr mütterliches, und nachmals noch dort mit d. i. das mütterliche Erbtheil oder mit 1. 2. das väterliche

theilen,

theilen, darf 2 Theile davon nehmen, so daß d. i. oder 1. z. nur die Hälfte ihres Antheils = $\frac{1}{5}$ des Ganzen, und dagegen gh, oder 4. 5. $\frac{1}{4} + \frac{1}{5} = \frac{9}{20}$ des Ganzen erhalten. Man lasse sich daher durch jene Angabe nicht irre leiten.

295.

Grad Berechnung bey Geschwister-Nachkommen.

Meine Erl. II. S. 139. Lit. γ. geben an, es komme nur bey der Familie der Voreltern in der dritten Erbschichte die Beschränkung auf den zwölften Grad in Anwendung. Dabelow II. §. 689. lehrt, daß alle Seitenverwandten nur bis zum zwölften Grad einschließlich erben könnten, womit dann auch die GeschwisterAbkömmlinge, die zur zweyten Erbschichte gehören, auf den zwölften beschränkt wurden. Zwischen beeden Behauptungen hat ein Widerspruch entdeckt werden wollen, um deßwillen der eine oder der andre Ausdruck unrichtig wäre. Allein der ganze Widerspruch ist nur scheinbar. Ein Fall kann nur so lang zur zweiten Erbschichte gehören, als der Erblasser selbst derjenige Familiensohn ist, dessen GeschwisterNachkommen jezt in's Erbe treten sollen: hier ist es schon unmöglich, daß ein solcher Erblasser so lange lebe, bis GeschwisterUrUrEnkel vorhanden sind, die doch erst im sechsten Verwandschafts-Grad stehen würden, noch weniger so lang bis von GeschwisterNachkommen eines über den zwölften hinausgehenden Grads die Rede würde. Da, wo diese weitlose Verwandte

Digitized by Google

in Frage kommen, muß also allemahl der Fall zur dritten Erbschichte gehören. Wo aber durch irgend einen Zufall es möglich wäre, daß eine Erbschaft für die erste oder zweite Erbschichte eröfnet würde, die von einem solch entfernten Grad erst zu beziehen wäre, so könnte diesem niemals eine GradEntfernung entgegen stehen, weil ein solcher Kraft des ErbvertretungsRechts immer rückwärts in die nähern Grade tritt, Saz 742, und diese Erbvertretung in das Unendliche statt findet, Saz 740. In so weit ist also diejenige Ausdrucksform, welche von der Ausschliessung aller Seitenverwandten durch den zwölften Grad spricht, wissenschaftlich nicht so richtig, ob sie wohl für den Rechtsgebrauch unschädlich ist.

296.

SicherheitsLeistung des VorsichtsErben.

Die Meynung, daß nur die Mehrzahl der Gläubiger das Recht habe von dem VorsichtsErben Sicherheit zu fordern, Erl. II. S. 255., verwirft Dabelow II. §. 781: die in der Mehrzahl geschehene Erwähnung der Gläubiger, si les créanciers ou personnes intéressées l'exigent, beweiset nach ihm nichts, weil hier um jedem von mehreren Gläubigern das ForderungsRecht zu sichern, der Ausdruck in der Mehrzahl unentbehrlich gewesen sey. Allein einestheils ist das Lezte irrig, der Code hätte in dieser Absicht wohl sagen können: si un des créanciers l'exige, anderntheils konnte er auch in der Mehrzahl durch Gebrauch des unbestimmten Artikels statt des bestimmten sich hinlänglich ausdrücken,

Digitized by Google

si des créanciers l'exigent; so wie man im Deutschen hätte sagen können, jedem Gläubiger, der es fordert, oder Gläubigern, die es fordern u. s. w. Nachdem aber das Gesez bestimmt sagt: si les créanciers l'exigent, oder den Gläubigern, die es fordern, so geschieht ihm seine Ehre der folgerichtigen Anwendung, Saz 6 a. nur alsdann, wann man allein der Mehrheit der Gläubiger dieses Recht einräumt, wie es dann auch sehr sonderbar wäre, wenn ein einzelner Gläubiger, der vielleicht nur fünf Gulden zu fordern hat, eine VerwaltungsSicherheit von einer Erbschaft, die vielleicht fünf tausend Gulden beträgt, sollte fordern dürfen. Hingegen genügt hier, wo es bloß um eine ErhaltungsVorsicht zu thun ist, an der Mehrzahl nach den Köpfen, und ist jene ungewöhnliche BerechnungsArt nach dem ForderungsBetrag, die in einem Fall eines wider Willen auf sich zu nehmenden Verlustes geordnet ist, ASz. 220, wegen Mangels der RechtsAehnlichkeit der Fälle hieher nicht zu übertragen.

297.

Stillschweigende EinwerfungsErlassung.

Das Ausdrückliche (expresse) wird, zumahl in der deutschen Sprache, bald dem nicht ausgedruckten aber folgweise einbegriffenen (implicite), bald dem gar nicht einbegriffenen aber durch Folgen hinzugekommener Handlungen hinzugesellten (tacite) entgegengesezt, und hat dadurch einige Doppelsinnigkeit; aber immer sagt es weniger, als wenn von etwas wörtlichem oder buchstäblichem (verbal,

litteral, nominal,) die Rede wäre. Wo dieses lezte gesezt ist, da entscheidet lediglich das trockene Wort, und wenn mithin der Sz. 843. eine wörtliche oder namentliche Erlassung der Einwerfung gefordert hätte, alsdann würde Dabelow II. §. 788. recht haben, daß er keine Erklärung, die nicht wörtlich Erlassung ausspricht, als wirksam zulassen will, auch da, wo aus dem Bau der Rede der Erlassungs-Wille ohne alle Zweydeutigkeit hervorgeht. Da aber das Gesez nur eine ausdrückliche Erklärung fordert, so urtheilen die Gerichtshöfe Frankreichs weit richtiger, welche auch eine unzweydeutige Folgerung aus den Ausdrücken eines Willens oder eine stillschweigende Erlassung gelten lassen. Diesemnach ist es auch keine Folgewidrigkeit (Inconsequence) wenn der Sz. 847. sagt, was dem Sohn eines Erben geschenkt ist, dabey gilt die Einwerfung für erlassen, (est reputé faite avec dispense du rapport) und damit eine stillschweigende Erlassung in obigem Sinne zuläßt. Aber freylich muß man hier die Folgerung, aus welcher die Erlassung hervorgehen soll, sich richtiger vorstellen, als es da geschieht, wo man mit jenem Schriftsteller sagt, „es dürfe auch umgekehrt der beschenkte Sohn (eigentlich Enkel) nicht confe„riren, wenn wegen des Vaters Ableben die Succession „an ihn unmittelbar fallen sollte, denn die tacita remissio „ collationis müsse ihn schüzen." Worinn liegt der stillschweigende Wille des Nachlasses der Einwerfung, wenn ein Erblasser dem Sohn dessen, der sein Erbe ist, etwas schenkt? Offenbar darinn, weil der Sohn, der es bekommt, zur Zeit wo die Frage von der Einwerfung entsteht, ein Anderer ist als der Erbe, nämlich der Vater, dieser also zur Einwerfung nicht angehalten werden könnte, wenn man nicht sagen

Digitized by Google

wollte, der Sohn sey Mittelsperson, durch welchen der Vater beziehe. Dieses kann man nur da, und selbst da nur durch eine etwas weit gehende RechtsDichtung sagen, wo verboten ist dem Vater zu geben, z. B. wenn die Frau dem Sohn ihres zweyten Mannes über die Gebühr schenkt: wo dieses nicht ist, da wäre es lächerlich, wenn jemand, der dem Vater etwas zugedacht hat, es dem Sohn schenken wollte, von dem es nicht anders als sehr zufällig auf den Vater kommen könnte; hat er es aber den Vater nicht zugedacht, so könnte auch dieser es einzuwerfen nicht angehalten werden; der Geber muß also freylich hier allemahl den Willen haben, daß das Geschenk nicht eingeworfen werde, weil er es an eine Person gab, die nicht in den Fall kommt einzuwerfen, und es dem Vater entzog, durch welchen es an den Sohn mit EinwerfungsPflicht hätte kommen können. Wie läßt sich da nun sagen: im umgekehrten Fall, wo der Sohn selbst erbt, wo er also in den Fall tritt einwerfen zu können, und nach den allgemeinen Grundsäzen einzuwerfen, müsse ihm die aus den gerade entgegengesezten Gründen abgeleitete Erlassung auch zu Gut kommen. Alles kommt hier darauf an, ob er in einem Fall ist, wo er kraft Erbvertretung erben kann oder nicht; in der ersten Lage bleibt er einwerfungsfrey, weil er in die Rechte des nicht einwerfungspflichtigen Vaters tritt, in der zweyten Lage muß er einwerfen.

298.

Gaben an Mittelspersonen.

Die Säze 911. und 1100, welche Gaben an Mittelspersonen da verbieten, wo derjenige den sie vermitteln, oder dem

sie untergeschoben werden, selbst des Empfangs unfähig ist, werden in meine Erl. II. S. 341, dahin erklärt, daß aus ihnen eine gesezlich gebietende Vermuthung (juris et de jure) hervorgehe, dagegen hält sie Dabelow §. 806. nur für gesezlich belehrend (juris) also den Beweis des Gegentheils für zulässig, ja — würde man einer nachfolgenden Aeusserung desselben Verfassers nachgehen, welche sagt: „es kömmt hier alles auf die Umstände und auf die „Beurtheilung des Richters an," so dürfte man glauben, daß derselbe sie nur für richterliche Vermuthungen nehme, vergl. Sz. 1353. Ich lasse mich meiner früheren Ansicht noch nicht gereuen, schon darum, weil die entgegengesezte zwischen gesezlich belehrender und richterlicher Kraft schwankt, und noch mehr darum, weil das Gesez sagt, die genannten Personen gelten, werden geachtet, (seront reputés) für untergeschoben, welches dem Richter seine Ansicht gebietend vorzeichnet, und weil mit dem Daseyn einer solchen Ernennung der genannten Personen Ungültigkeit verknüpft ist, welches nach Sz. 1352. ein sicheres Zeichen gebietender Vermuthungen ist. In dem bey Dabelow angezogenen Fall, wo jemand Einem von mehreren Kindern seines lezten Arztes etwas vermacht hat, würde es eben so gut, als wenn es allen Kindern desselben zusammen vermacht wäre, für ein Vermächtniß an untergeschobene Personen gelten, und als solches nichtig seyn, wenn es nicht der Erblasser auf den Fall bedingt hätte, da das Kind, welchem das Vermächtniß zugedacht wird, den Vater überlebt, und damit aufhört die Eigenschaft einer Mittelsperson zu haben, wo alsdann solches zwar allerdings gültig wäre, aber (wenn dem Vater nicht zugleich einstweilen die Nuz-

Digitized by Google

nießung vermacht wäre) erst nach des Vaters Tod gefordert werden könnte.

299.

Lezte Willen in bevorrechteten Fällen.

Eine sonderbare Meynung ist es, wenn behauptet wird, ein Erblasser, der im Feld, zur See, oder an Pestorten seinen lezten Willen errichtet, sey an die desfalls vorgezeichnete Formen so gebunden, daß er nach den allgemeinen Formen einen lezten Willen nicht gültig errichten könne. Dabelow II. §. 237. An die Möglichkeit einer solchen Umkehrung der Gesezgebung kam sicherlich keinem der französischen Gesezverfasser ein Gedanke, so wie er der Badischen Gesezkommission nie aufstieß. Der Code Napoleon im B. III. Tit. II. Kap. 5. sezt zuerst im ersten Abschnitt allgemeine Regeln über die Form der lezten Willen fest, verfügt gleich in dessen ersten Saz, nämlich im Sz. 967., daß jedermann darnach seinen lezten Willen einrichten könne, und sezt nachmals im Sz. 969. die Erlaubniß einer dreyfachen Form fest, nämlich Eigenhändigkeit, Oeffentlichkeit, Geheimbeurkundung. Unläugbar muß also jedermann in diesen Formen gültig verfügen können, dem es nicht besonders untersagt ist, welches lezte noch in eben diesem Kapitel im Sz. 977—979 in Bezug auf einige Klassen von Personen geschah. Weiter sezt der Code Napoleon im folgenden zweyten Abschnitt besondere Regeln über die Form gewisser lezter Willen fest, welche sich auf die drey Fälle, Kriegsnoth, Seegefahr und Pestgefahr beziehen. In keinem der dahin gehörigen

Säze wird dem, der sich in einem solchen Fall befindet, untersagt, nach jenen allgemeinen Regeln sich zu richten; die besondern Regeln die dort gegeben werden, bezeichnen ihre Form deutlich als etwas nicht gebotenes, sondern nur vergönntes — sie können (pourront) heißt es Durchweg von den Personen, die in jener Lage sich finden. Das was sie, diesem zu folgen, können, hat dabey in den Augen des Gesezgebers so wenig Gunst, daß sobald die Gefahr eine Zeitlang vorüber ist, solches Können unwirksam wird, und deswegen eine Umsezung dieser bevorrechteten lezten WillensErklärung in die allgemeinen Formen geboten ist. Mit welchem Fug Rechtens kann man nun hier wohl behaupten, diejenige Form, wovon das Gesez sagt: ein solcher Erblasser könne darinn verfügen, sey zugleich eine solche, worinn er verfügen müsse, und die Einzige in welcher er verfügen dürfe. Ein Staat, der erlaubte so willkührlich mit den Gesezen zu schalten und zu walten, für den bliebe keine Sicherheit der Gesezgebung möglich. Der Grund jener Behauptung soll seyn, weil die eigenhändigen lezten Willen, die unter jenen Umständen gefertigt würden, minder sicher seyen als diejenigen, welche daheim gefertigt und unter des Erblassers Beschluß gehalten worden seyen. Der Beschluß ist einestheils bey denen in jenen Lagen gefertigten auch möglich, und anderntheils ist er selbst für die daheim gefertigte nirgends vorgeschrieben, sie dürfen in jeder dritten Hand jedes Privatmannes eben wohl niedergelegt seyn. Die angebliche mindere Sicherheit der unter solchen Umständen gefertigten lezten Willen gegen die daheim gefertigten, wird übrigens niemand gemeingültig beweisen können; denn was hindert hier den Erblasser in der

Digitized by Google

Stille seinen Willen unbeobachtet von Gegenbetheiligten eben so gut niederzuschreiben als daheim, wo er fast immer von Gegenbetheiligten (näml. von den Seinigen) umgeben ist. Diese Umwendung des Geists der Gesetze gegen seinen klaren Buchstaben unterliegt einer gerechten Rüge, St. 280.

300.

Verwaltungspflicht der Treuhänder.

Die Frage, „ob es zu dem Amt der TestamentsExecutoren gehöre, Sachen die zur Erbschaft gehören, sich aber „in fremden Händen befinden, zurückzufordern und ausstehende Schulden desselben beyzutreiben?" beantwortet Dabelow II. §. 1026. verneinend. Wir würden unterscheiden müssen, ob dem Treuhänder vom Erblasser Besiz und Gewähr der Fahrniß gegeben sey, oder nicht: nur im lezteren Fall findet die Verneinung statt. Im ersten Fall ist er gesezmässiger Verwalter, der Erbe darf, ehe Besiz und Gewähr geendigt ist, sich nicht einmischen, Sz. 1027., natürlich muß dieser also das Recht haben von jenem zu erwarten, daß er die zur VermögensSammlung und Erhaltung nöthige Handlungen verrichte, und wenn er davon zum Nachtheil des Erben etwas vernachlässigt, dafür hafte; ohne dieses würde die ihm unbeschränkt auferlegte Rechnungspflicht, Sz. 1031. nur unvollständig erfüllt. Auch soll der Treuhänder die Vermächtnisse zuvor aus den Geldmitteln berichtigen, ehe er desfalls Fahrniß veräußert, auch darum muß er Recht und Pflicht haben, ausstehende Forderungen einzuziehen. Nur so viel läßt sich sagen: so weit jene Einforderungen

weder für die Bezahlung der Vermächtnisse noch für die Sicherheit der Erbmasse während seines Besizjahrs vorgehen müssen, so weit kann er sie unbedenklich unterlassen, und dem Erben bleibt das NachhohlungsRecht.

301.

Voranempfangene Vermächtnisse.

Die Frage, wie es mit einem Vermächtniß zu halten sey, das der Erblasser schon bey Lebzeiten dem Vermächtnißnehmer eingehändigt hat, will als durch den Code Napoleon nicht entschieden angesehen, und daher auf das römische Recht zurückgewiesen werden. Dabelow II. §. 216. (eigentlich 816.) Dieses ist grundlos. Das Einhändigen bey Lebzeiten kann geschehen seyn, entweder aus einem vorübergehenden InnhabungsTitel, z. B. aus einer Leihe, oder aus einem bleibenden, und in diesem Fall entweder aus einem unentgeldlichem durch Schenkung, oder aus einem belasteten, z. B. durch Kauf. a.) Bey vorübergehenden InnhabungsTiteln bleibt die Sache des ErblassersEigenthum, und es kann hier überall wegen Sz. 1014. kein Zweifel entstehen, daß dieses vermachte Eigenthum auf den Anleiher kraft Gesezes übergehe mit dem Beding ordnungsmässig dessen Auslieferung an den Erben zu begehren. Ist b.) die vermachte Sache dem Erben bey Lebzeiten geschenkt worden, so ist sie zur Todeszeit für den Erblasser eine fremde Sache, als wohin auch die Vermächtnisse der Sachen des Erben gehören, (St. 70.); als solche ist ihr Vermächtniß ungültig, Sz. 1021., und es kann folglich der Vermächtniß-

Digitized by Google

nehmer daraus ihre nochmalige Lieferung durch Werthzahlung niemals in Anspruch nehmen, ohne daß man dazu auf den Saz zurückgehen darf, es könnten zwey gewinnende RechtsUrsachen nicht auf einen Kopf zusammen fallen. Endlich c.) wenn die Sache durch Kauf oder ähnliche Titel auf den Erben veräußert worden ist, so ist diese Veräußerung entweder früher oder später als der lezte Wille: im ersten Fall war das Vermächtniß aus vorigem Gesez, als auf eine fremde Sache gerichtet, nichtig, im zweyten gilt die Veräußerung nach Sz. 1038. für Widerruf des Vermächtnisses. In keinem Fall kann daher ein solches vorausempfangenes Vermächtniß gegen den Erben einige fernere Wirksamkeit haben.

302.

Widerruf der Vermächtnisse durch Neue.

Der Grundtext des Sz. 1035. fordert zum lezten Willens-Widerruf acte devant notaires. Weil hier lezteres Wort in der Mehrzahl steht, so folgert Dabelow II. §. 1027. daraus, es müßten zwey Staatsschreiber zusammen wirken. Dieses folgt jedoch nicht, da jene RedensArt der unbestimmten Mehrzahl (pluralis indefinitus) nach dem Geist der Grundsprache, (so wie im Deutschen auch der Ausdruck: Urkunde von Staatsschreibern), die Eigenschaft der Urkunde, nicht die Zahl der Mitwirkenden bezeichnet. Um diesen Sinn für den Landesgebrauch ausser Streit zu halten, übersezte unser Landrecht: Staatsschreiber-Urkunde; hiernach ist ein Widerruf vor einem Bezirksschreiber oder einem Staatsschreiber und zwey Zeugen

gerade so gültig, als der vor zwey Staatsschreibern. Uebrigens kann hier (wie in Frankreich) die Frage entstehen, wenn in einem späteren öffentlichen lezten Willen eine Sache, welche in einem früheren dem A. vermacht war, dem B. zugewiesen ist, und nun dieser spätere lezte Wille; als solcher, die erforderliche Eigenschaften nicht hat, z. B. er ist nur von einem Staatsschreiber mit drey Zeugen, oder von zwey Staatsschreibern ohne Zeugen aufgenommen, er hat aber noch die Erfordernisse einer Staatsschreiberey Urkunde, ob alsdann ohnangesehen dessen, daß das zweyte Vermächtniß ungültig ist, und der B. dasselbe daraus nicht fordern kann, dennoch zum Nachtheil des A. das Erste für widerrufen gelte? Oberwähnter Rechtslehrer erwählt die bejahende Meynung darum, weil a.) das Vermächtniß an einen Andern zugleich einen Widerruf des Ersten enthalte, und wenn also die erste Wirkung wegen Mangel der Form nicht eintrete, die Zweyte, wozu die Form genügend vorhanden ist, noch immer statt finden müsse: man kann auch solche Folgerung noch damit bestärken, daß b.) nach Sz. 1038. ein durch Veräußerung bewirkter Widerruf gültig auch da zu Stand kommt, wo die Veräußerung selbst ungültig war, und die veräußerte Sache in dessen Folge vom Erblasser wieder an sich gezogen wurde; ingleichen daß c.) im Zweifel immer die Auslegung mehr zum Vortheil des Erben als des Vermächtnißnehmers zu machen ist, Sz. 1100 dd. Dennoch ist die entgegengesezte Meynung die richtigere, welche aus einem ungültigen zweyten Vermächtniß über eine und dieselbe Sache den Widerruf des ersten nicht zu Stand kommen läßt. Denn zu a.) jede Verfügung eines Vermächtnisses enthält eine dreyfache Willensbestimmung. a.) Der

Erbe soll die vermachte Sache nicht haben, β.) statt seiner soll sie ein Anderer erhalten, γ.) dieser Andere soll der und der seyn, z. B. der A. Wer eine vermachte Sache einem Andern zuwendet, der ändert seinen vorigen Willen nur in dem lezten Stück, indem er will, daß nicht mehr A. sondern B. die Sache haben soll: aber die zwey ersten Stücke seines Willens ändert er nicht, sondern er bestätigt sie vielmehr durch die Zuwendung der Sache an einen NichtErben. Wer hingegen ein Vermächtniß widerruft in dem Sinn, den das Gesez unterstellt, wo nämlich WillensAenderung ohne neue Willensbestimmung erfolgt, der ändert nicht nur den lezten Theil jenes VermächtnißWillens, sondern vornämlich und zunächst den ersten, und nur mit und durch ihn die beeden andern Theile. Man kann also nimmermehr sagen, daß in einer VermächtnißAenderung auch ein VermächtnißWiderruf liege, wenn gleich beede in Bezug auf den ersten Vermächtnißnehmer — aber auch nur in Bezug auf ihn, von gleicher Wirkung sind, oder will man es sagen, so muß man sagen, er liegt nur bedingt und folgweise darinn, wenn der andere Vermächtnißnehmer dazu gelangt. Ist aber kein Widerruf vorhanden, so kann das bloße Daseyn der äußeren WiderrufsForm etwas zu einem Widerruf nicht umprägen, was in sich keiner ist. Man darf vielmehr vernünftigerweise nur so schliessen: wer seinen ersten VermächtnißWillen nur darum ändert, damit ein Dritter (nicht der Erbe) die vermachte Sache bekommen soll, der will damit stillschweigend, daß der Erste sie behalten soll, wenn der Zweck, daß sie der Zweyte bekomme, unerreichbar befunden wird. Hierwider läßt sich zu b.) aus dem Gesez über den Erfolg einer ungültigen Veräußerung nichts einwenden,

denn die Veräußerung bricht das Vermächtniß nicht aus einem darinn nothwendig liegenden WiderrufsWillen, sondern aus einer gesezlich gebietend an diese That geknüpften Vermuthung des Widerrufs, Dabelow II. §. 1028.: da nun die That immer als eine geschehene Sache stehen bleibt, wenn gleich die rechtliche Wirkung derselben wegen Ungültigkeit verschwindet; so konnte und mußte die Widerrufskraft auch einer ungültigen Veräußerung zu Theil werden, ohne daß daraus folgt, es dürfe da, wo die Widerrufskraft nur aus einer formgültigen WillensErklärung fliessen soll, wie hier nach Sz. 1035., dieselbe auch noch alsdann statt finden, wenn die Aenderung ihre erforderliche Gültigkeit nicht hat, welches als eine Ausnahme von der Regel, wornach das was Nichts ist auch Nichts wirken darf, ohne besondere Gesezverfügung nicht angenommen werden dürfte. Eben so wenig steht die Wahrheit im Wege, zu c.) daß im Zweifel für den Erben zu sprechen sey, denn da wo beedemahl die Sache einem Andern als dem Erben zugewendet worden ist, da waltet in Bezug auf ihn keine Dunkelheit vor, weil es beedemal bestimmt gesagt ist, daß er sie nicht haben soll, vielmehr d.) schlägt hier die Regel an, daß im Zweifel immer der Wille des Erblassers dem Vortheil des Erben vorzuziehen sey, Erst. EinführEdikt Art. XI. §. 4. Vollends entscheidet im Badischen der Umstand, daß im Sz. 1037. zur Wirksamkeit eines Widerrufs durch ein späteres Vermächtniß erfordert wird, es müsse die WiderrufsUrkunde gültig seyn, welche Worte dem französischen Grundtext zur Erläuterung beygesezt sind, eben um anzudeuten, daß ein jüngerer ungültiger lezter Wille keine Widerrufskraft habe.

Digitized by Google

303.

Recht der Gläubiger des LastErben auf die AfterErbschaft.

Meine Erl II. S. 486. haben den Gläubigern des LastErben allgemein das Recht zugesprochen, die zu ihrem Nachtheil geschehende Weggabe des LastErbes anzufechten. Dabelow II. §. 1034. will dieses auf den Fall beschränken, von welchem der Sz. 1053. spricht, wo der LastErbe vor der bestimmten Zeit an den AfterEben wieder abtritt, und es keineswegs auf den Fall gelten lassen, wo er gleich Anfangs die ganze LastErbschaft ausschlägt, weil hier keine völlige Rechtsähnlichkeit sey, indem der LastErbe seine guten Gründe zur Ausschlagung haben könne, z. B. um sich nicht den vielen Beschwerden zu unterwerfen, die mit der einstigen Wiederabtretung verbunden sind. Allein dieser Grund ist ganz unmaasgebend: mag er immer diesen Grund haben, und mag es billig seyn, daß man ihn nicht damit belaste, so hindert doch dieses nicht, daß seine Gläubiger, wenn diese Gefallen tragen, statt seiner sich mit dieser Last zu beladen, dazu hier, wie das gleiche in allen andern ähnlichen Fällen vom französischen Recht geschieht, zugelassen werden sollten? Solchemnach ist die genaue Rechts-Aehnlichkeit zwischen der Nichtübernahme oder der voreiligen Abgabe in Bezug auf die Betheilung der Gläubiger nicht zu mißkennen. Nur das würde man gegen deren Anwendung entgegen halten können, das Gesez, indem es seine Verordnung nur auf den Einen von beeden Fällen beschränke, könne Gründe gehabt haben, welches auch

nicht von beeden zu reden vermuthet werde. Das ist denn auch wahr; nur müssen solche Gründe nicht eben darinn bestehen, daß das Gleiche im andern Fall nicht gelten solle, sie können auch in andern Verhältnissen, z. B. darinn liegen, daß das Gleiche für den andern Fall schon anderwärts gesagt ist, und so ist es hier: der Sz. 788. hat wegen aller Erbausschlagungen, also auch wegen jener eines LastErben, die gleiche Befuguiß die Gläubiger schon ausser Zweifel gesezt.

304.

Natur der Schenkungen der Eheleute.

Die Schenkungen der Ehegatten unter sich, welche während der Ehe geschehen, haben nach unserem Recht eine eigentliche ZwitterNatur. Indem auch jenen, welche als Schenkungen unter Lebendigen bezeichnet sind, die Widerruflichkeit zugestanden ist, Sz. 1096., welche sonst nur jenen von Todeswegen zukommt und ihr unterscheidendes Merkmahl bilden hilft, Sz. 895., und indem es den Schenkungen von Todeswegen nicht widerspricht, daß sie schon im Voraus dem Beschenkten zu Genuß und Verwaltung eingeräumt werden, Sz. 1100 ca.; so hört in dieser Lage der Gesezgebung aller innere Unterschied der Schenkungen unter Lebenden und von Todeswegen auf. In Hinsicht auf den äußeren Unterschied hat der Code Napoleon nichts verordnet; hierdurch bleiben sie stillschweigend bey den allgemeinen Regeln der Schenkungen, sie können in jenen Formen gemacht werden, die unter Lebenden oder die von Todeswegen

Digitized by Google

deswegen zu beobachten sind, und eine jede die vor Gericht vorgebracht wird, muß wenigstens im Badischen immer auf diejenige Form zurückgeführt werden, nach welcher sie aufrecht erhalten werden kann, Erstes Einf. Ed. Art. XI. §. 3. Dieses ist nun wohl in den meisten Fällen die Form von Todeswegen, weil dazu jede eigenhändige gehörig verfaßte Urkunde hinreicht, anstatt daß zu einer Schenkung unter Lebenden, so weit sie aus einer Urkunde gültig hergestellt werden soll, eine StaatsschreibereyUrkunde unentbehrlich ist, Erl. II. S. 370. Inzwischen kann es zuweilen auch die Form der Schenkungen unter Lebenden seyn. Nämlich da, wo es nicht Liegenschaften betrifft, die der Eintragung bedürfen, ist die Führung des Beweises aus Urkunden für Schenkungen nicht nothwendiger, als für alle andere Verbindlichkeiten: sie können mithin, so lang sie nicht 75 fl. (150 Franks) übersteigen unbedingt, und sobald sie diese übersteigen alsdann, wann eine eigenhändige Schrift des Gebers für ihr Daseyn spricht, Sz. 1347., mittelst unvollkommener BeweisMittel, und in jedem übrigens geeigneten Fall durch EidesZuschiebung rechtlich festgestellt werden. Aber in den Erfordernissen einer von beeden Gattungen müssen die Schenkungen der Ehegatten unter sich, die während der Ehe geschehen auftreten, wo sie auf den Gerichtsschuz Anspruch machen wollen. Wenn daher Dabelow II. §. 1045. die Frage aufwirft, wie die Schenkungen der minderjährigen Ehegatten während der Ehe zu beurtheilen seyen? und zur Antwort gibt: eben so wie nach Sz. 1095., jene der minderjährigen Ehegatten vor der Ehe im Heyrathsvertrag, so ist ihm darinn nicht beyzustimmen. Zwischen beeden Gattungen ist an sich keine Rechts-

Aehnlichkeit: denn die vor der Ehe vorgehende sind ein BeförderungsMittel der Ehe, haben als solches Anspruch auf vorzügliche RechtsGunst, welche ihnen auch durch mancherley Befreyungen von den Regeln der gemeinen Schenkungen zu Theil geworden ist. Schenkungen während der Ehe stehen nicht unter dieser Gunst, sie könnten eher eine Abgunst vom Gesezgeber erwarten, weil sie so leicht durch allerley dem Frieden der Ehe nicht vortheilhafte Künste erschlichen werden, und ihnen ist wirklich das Zeichen einer solchen Abgunst in der geordneten Widerruflichkeit derselben aufgeprägt. Das Gesez selbst schließt aber auch gar deutlich alle Befugniß zu einer rechtsähnlichen Anwendung aus: denn ob es wohl über beede Gattungen seine Verfügungen in das neunte Kapitel zusammenfaßt, so hat es doch nicht nur über die vor der Ehe geschehene voraus seine Verfügungen hingestellt, sondern was die Hauptsache ist, es hat in jedem Saz, der sie betrifft, ausdrücklich die Worte: „durch Heyrathsvertrag gemachte Schenkung" wiederholt, oder wo es ihn zugleich auf die während der Ehe erfolgende ausgedehnt wissen wollte, dieses ausdrücklich gemeldet, Sz. 1094., und es damit augenscheinlich gemacht, wie wichtig ihm jene beschränkende Bestimmung für die Anwendung sey, und wie wenig es seiner Absicht nach angehe, die für die erste Art gegebene Regeln auch auf die zweyte Art der Schenkung der Ehegatten, nämlich auf jene die während der Ehe geschehen, zu übertragen. Wegen dieser muß es also, so weit für sie nichts besonders geordnet ist, bey den allgemeinen Regeln bleiben. Das besonders für sie geordnete besteht obgedachter maaßen darinn, daß sie immer die innere Form der Schenkungen von Todeswegen haben,

Digitized by Google

ohnerachtet sie der äussern Form nach in jene der Schenkungen unter Lebenden so gut als in jene von Todeswegen gekleidet seyn dürfen. Da nun im übrigen der Sz. 904. festsezt: ein Minderjähriger solle (wenn er das sechszehente Jahr zurückgelegt hat) nur durch lezten Willen d. i. von Todeswegen, (denn nicht die äussere, sondern die innere Form hat hierbey das Gesez im Auge) und zwar nur über die Hälfte des Freytheils oder freyen Vermögens verfügen dürfen, und da die GewaltEntlassung, welche aus der Heyrath folgt, Sz. 476. die Befugniß zu Schenkungen für den Minderjährigen nicht erweitert, Sz. 484., so bedürfen Schenkungen eines minderjährigen Ehegatten an seinen Ehegatten zwar keineswegs für ihre Gültigkeit die nach Sz. 1095. bey den Schenkungen vor der Ehe nöthige Bewilligung derjenigen, deren Einwilligung zur Ehe selbst nothwendig war, aber sie wirken auch in jedem Fall, ohne Unterschied in welche äussere Form sie gekleidet seyen, nur auf die Hälfte des ihrer Erbverfügung unterliegenden Vermögens.

305.

Vermächtnisse in Vermögensuebergaben.

Ein Vater hatte seinen drey Kindern sein Vermögen eigenthümlich übergeben, dabey sich sein Wohnhaus und einen Acker vorbehalten, zugleich aber verordnet, wenn er sterbe, solle das Haus im Werth von 600 fl. an sein zweytes Kind, das einem Jeden der beeden andern Kinder Einhundert Gulden darauf herausgeben solle, sodann der Acker an einen Freund B. fallen. Bey seinem Ableben fand sich ein; jedoch

Digitized by Google

unförmlicher lezter Wille vor, der den Acker einem andern Freund C. zuwies. Die sämmtlichen Kinder wollten dem C. wegen dieser Unförmlichkeit nichts zukommen lassen, und darinn hatten sie das unbestrittene Recht vor sich; sie wollten aber auch dem B. jenen Acker nicht zukommen lassen, theils weil dieses Vermächtniß widerrufen sey, dessen Unwiderruflichkeit aber B. entgegen hielt; theils weil es auf eine überall ungültige Art gegeben sey: diesen lezten Grund eigneten sich ferner das ältere und das jüngere Kind gegen das mittlere zu, um zu behaupten, dieses könne sein Hausvermächtniß nicht geltend machen, und das Haus müsse also allen drey Kindern gemeinschaftlich nach Sz. 1077. zufallen. Nach dem Gang der Verhandlungen kam die Entscheidung auf folgende Fragen an:

a.) Ob jene Vermächtnisse als solche Bestandtheile der Uebergabe anzusehen seyen, die durch deren Gültigkeit ohne weitere Form gültig werden?

b.) Ob sie als gelegentlich dabey gemachte Geschenke unter Lebenden, ohnerachtet der mangelnden besonderen Annahme aufrecht erhalten werden könnten?

c.) Ob sie als leztwillige Vermächtnisse auch bey ermangelnder lezten Willensform bestehen würden?

d.) Ob das alles insbesondere auch auf den an B. vergebenen Acker anschlage?

e.) Ob in dem einen oder anderen Gesichtspunkt diese Gaben widerruflich seyen?

Zu a. ward der Gültigkeit sehr scheinbar entgegengesezt, daß ein Vermögens Vorbehalt gerade das Gegentheil einer Vermögens Uebergabe sey, und daß es folglich widersinnig seyn würde. Verfügungen über den Vorbehalt

dadurch formgültig werden zu lassen, weil sie gelegentlich bey Verfügungen über eine Uebergabe gemacht worden, deren Form sie hinlänglich hätten: dieses sey nicht besser, als wenn man die Nothwendigkeit einer lezten Willensform damit umgehen wollte, daß man die WillensErklärung gelegentlich in eine KaufsUrkunde niederlege, was doch gewiß nicht angehe. Um über diese Beziehung richtig zu urtheilen, muß man voraus ins Andenken rufen, daß das Napoleonische Recht in der Regel alle VertragsVerfügungen über eine zukünftige Verlassenschaft für ungültig erklärt, jedoch dabey zwey Ausnahmen macht, nämlich α.) da wo eine Theilung der Eltern unter Kindern in Frage ist, Sz. 1076., und β.) da wo eine ehebegünstigende Schenkung durch Heyrathsvertrag vorliegt, Sz. 1081. Die erste dieser Ausnahmen schlägt auf gegenwärtigen Fall an; dann die VermögensUebergaben, über welche unser LR. eigene Verfügungen enthält, Sz. 1100 aa. u. folg., sind nichts als dergleichen theilende elterliche Schenkungen, Sz. 1076., und befinden sich ausdrücklich auf die Regeln der Schenkungen verwiesen, Sz. 1100 ab. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet ist nachmals jener Vorbehalt des Eigenthums bey dem Haus, und dessen einstmalige belastete Vererbung auf das mittlere Kind nichts anders als ein Geding, womit dies Rechtsgeschäft der VermögensUebergabe umwunden ist, und wodurch der Uebergang an die Kinder bey dem Haus zwar bis zum Tod verschoben, aber doch voraus auch theilungsweise festgesezt wird: da nun jedes Geding eines Haupt-Vertrags gültig ist, sobald der Hauptvertrag die gehörige Feyerlichkeit und Rechtsbeständigkeit hat, wenn es gleich von der Art ist, daß da, wo es allein VertragsGegenstand

Digitized by Google

wäre, eine andere und größere Feyerlichkeit erfordern würde, vergl. S 1398., da es den Eltern erlaubt ist, auch über beybehaltendes Vermögen solche einstmalige Theilungs-Verordnungen zu machen, Sz. 1075., und da übrigens weder eine Verlezung im Pflichttheil, Sz. 913. noch in der schuldigen TheilungsGleichheit, Sz. 1079. in Anregung kam; so konnte gegen die Wirksamkeit jener Vertheilung des Vorbehalts nichts gesagt werden, denn auf ihn würden nach Sz. 1077. die gesammten Kinder zugleich nur alsdann Ansprache gehabt haben, wenn keine elterliche TheilungsVerordnung vorgelegen wäre. Wollte man aber jene Verfügungen

b. als gelegentlich gemachte Schenkung unter Lebendigen ansehen, (wozu sie sich jedoch darum nicht eigneten, weil das Eigenthum lebenslang vorbehalten war, und erst nach dem Tod übergehen sollte, welches nach Sz. 895. wesentliches Kennzeichen einer Schenkung von Todeswegen, oder einer lezten Willensverordnung ist), so würde der Mangel einer besonderen Annahme hier nicht im Wege stehen: denn obwohl Annahme zu jeder Schenkung unter Lebenden wesentlich ist, so ist doch da, wo die Schenkung nur ein Geding oder Nebenstück eines andern Hauptvertrags ist, die Annahme des lezteren auch für eine Annahme der miteingeflochtenen Dinge in Bezug auf jene Personen, welche dazu mitgewirkt haben, anzusehen, welches nicht nur die Natur der Sache lehrt, sondern auch die RechtsAehnlichkeit des Sz. 1087., der eben aus dieser Natur der Sache entschöpft ist, bestätigt. Auch

Zu c. als leztwillige Verordnung würde die in Frage stehende VorbehaltsVertheilung aufrecht zu erhalten seyn, da die lezte Willensform nur für solche Vermächtnisse nö-

Digitized by Google

thig ist, die in reinen lezten Willen gegeben werden, hingegen da ohne Nachtheil entbehrt werden kann, wo man in einem der wenigen ausgenommenen Fälle sich befindet, in welchen ein lezter Wille in VertragsForm eingekleidet werden darf, wo die dem Ganzen zukommende Gültigkeit, auch ihm Kraft gibt. Wann jedoch

Zu d. dieses alles nur seine nächste Anwendung auf das HausVermächtniß leidet, in Ansehung dessen jene nämlichen Kinder, die Vermächtnißnehmer waren, welche auch in dem Hauptvertrag der Vermögensuebergabe den einen Theil der Vertragspersonen ausmachten; so war allerdings in Bezug auf das einem Dritten zugewendete Acker-Vermächtniß die Sache zweifelhafter. Inzwischen in Bezug auf den vermeintlichen Widerruf war alles das in Betracht zu nehmen, was dagegen anderwärts (St. 302.) schon ausgeführt worden, und in Bezug auf die innere Kraft gieng es als ein nach dem Tod zu vollziehendes Geding zu Gunsten eines Dritten in Gefolg einer Schenkung, die der verfügende Erblasser einem Andern, nämlich seinen Kindern machte, und als solches hat es gesezmässige Wirksamkeit, sobald der Dritte es zur rechten Zeit annimmt, und der verfügende Theil es nicht zuvor gültig zurückgenommen hat, Sz. 1121.; darum konnte man keinen Anstand nehmen, dem B. den Acker zuzusprechen. Hieraus ergibt sich nun leicht

Zu e. was von der Widerruflichkeit derartiger Gedinge zu halten, nämlich α.) jene, welche dritten im Hauptvertrag nicht begriffenen Personen gemacht werden, sind unstreitig widerruflich, so lang sie ihnen nicht vom Geber zum Behuf der Annahme vorgelegt und von ihnen angenommen werden, Sz. 932., vergl. mit 1121., β.) jene an die in

Digitized by Google

der Vermögensuebergabe begriffene Personen würden es zwar da nicht seyn, wo sie übergebene Stücke beträfen, bey welchen Widerruflichkeit nicht vermuthet werden soll, Sz. 1100 bb., wann sie aber Vorbehaltene angehen und Verfügungen von Todeswegen sind, wie das hier der Fall ist, dann muß wegen der Natur des Geschäfts, (Sz. 895. im Wort auf widerrufliche Weise) die WiderrufsBefugniß immer vermuthet werden, wo das Gegentheil nicht ausgesprochen ist, vergl. Sz. 1100. cd. und cg.

306.

Wirkung auflösender Bedingungen auf Dritte.

B. hatte von dem A. auf Wiederverkauf ein Hammerwerk inne, dieses verpachtete er an C. auf neun Jahre mit dem Geding, „daß auf den WiedereinlösungsFall der Pachtvertrag aufgelöst seyn sollte," und D. ward für die Pachtverbindlichkeiten aus diesem Bestand Bürge. Einige Jahre nach dieser Verpachtung kündigte A. dem B. ordnungsmässig den Wiederkauf an, und ließ bis zur Zurücklieferung zugleich solches unter gerichtliche Obhut legen. Inzwischen suchte B. vom A. das unbedingte Eigenthum zu erwerben, das ihm auch endlich gelang: so wie nun C. während jenen Unterhandlungen im Bestand sizen geblieben war, so blieb er es auch nachher, ward aber gegen Ende der Bestandzeit zahlungsunfähig, weswegen B. als Bestandgeber auf den D. als Bürgen des Beständers griff, der aber einwandte, er sey nicht mehr in der Verbindlichkeit, da durch jene WiederkaufsAnkündigung

der Pacht, mit ihm auch seine BürgschaftsVerbindlichkeit aufgelöset worden sey, und des Beständers erst später entstandene Schulden ihn daher nichts angiengen. Wirklich erhielt er auch in Frankreich durch alle Rechtszüge ein obsiegliches Urtheil. Dabelow II. §. 1066. Anm. y. nimmt die Richtigkeit dieser Entscheidung in Anspruch, und das darum, weil a.) es immer, die auflösende Bedingung möge eintreten, wie sie wolle, von demjenigen zu dessen Vortheil sie hinzugefügt worden, abhängen müsse, ob er Gebrauch davon machen wolle oder nicht; sodann b.) weil der Dritte, der nicht namentlich in Hinsicht auf die auflösende Bedingung gutsagte, so lang verpflichtet bleibe, als das Verhältniß dauere, in Hinsicht auf welches er sich verpflichtet habe; c.) weil überall die auflösende Bedingung noch nicht eingetreten gewesen sey, welches erst würde geschehen seyn, wenn der A. das WiederkaufsRecht ausgeübt, und den C. aus dem Besiz des Hammerwerks gesezt hätte. Allein diese Gegengründe stossen die Richtigkeit jener französischen GerichtsEntscheidung nicht um. Denn zu a.) muß es freylich immer von denjenigen, dem zu gut die Bedingung gesezt ist, abhangen, ob er für sich davon Gebrauch machen will, aber damit ist noch nicht entschieden, daß es auch in Bezug auf wohl erworbene Rechte dritter Personen von ihm abhängen müsse; dieses wäre vielmehr geradezu der Regel des Sz. 1165. entgegen, wornach niemand selbstbeliebig den Rechtsstand dritter Personen ändern kann. Auch die Nichtigkeit oder Umstößlichkeit eines Vertrags (nulli tas vel rescissio) ist von der Art, daß es von der Willkühr desjenigen abhängt, dem zu gut sie gesezt ist, ob er davon Gebrauch machen will; dennoch — wenn sie nur nicht streng-

Digitized by Google

persönlich ist — kann der Bürge auch gegen den Willen des verbürgten Schuldners sich solche zu nuz machen und damit den Gläubiger, der auf ihn greift, abweisen, Sz. 2012. und 2036: die Wirkung der auflösenden Bedingung aber ist in sich nichts anders als eine Vernichtung oder Umstossung einer Verbindlichkeit. Zu b.) ist es zwar sehr richtig, daß der Bürge, dessen Bürgschaft nicht beschränkt war, so lang verbindlich bleibe, als dasjenige Verhältniß dauert, welches er verbürgt hat: allein hier ist ja eben das in Frage, ob nicht α.) die vorliegende Bürgschaft beschränkt war durch die Beschränkung der verbürgten Hauptverbindlichkeit, was mit Recht behauptet wird (vergl. oben St. 239.) und ob β.) jenes verbürgte Verhältniß fortgedauert habe, welches, und zwar wie wir gleich unten sehen werden, mit Grund von dem Bürgen geläugnet ward. Die Hauptfrage blieb immer zu c.) ob dazu, daß die auflösende Bedingung für eingetreten gelte, die Ausweisung des B. aus dem Eigenthumsbesiz des wiedergekauften Guts und des D. aus der PachtInnhabung nöthig war, und dieses wird derjenige nur behaupten, der von dem Geist des EigenthumsUebergangs kraft Gesezes noch nicht durchdrungen ist, und römische Vorstellungen vom Uebergang des Eigenthums durch Uebergabe bey sich wirksam seyn läßt. Nach Napoleonischem Recht geht 1.) in allen Rechtsverhältnissen das Eigenthum kraft Gesezes über Erl. II. S. 6. und insbesondere auch im Kauf Sz. 1583., ohnerachtet sowohl die Preiszahlung als die Uebergabe der Sachen dem Vertrag erst kürzere oder längere Zeit nachfolgen dürfen. Bey dem Wiederkauf ist die Einwilligung des Wiederverkäufers schon in seiner Kaufzusage gegeben, und es hängt nur von der ordnungsmässigen Erklärung des Wie-

Digitized by Google

derkäufers ab, sich diese anzueignen. Sobald demnach eine solche Erklärung erfolgt, und dadurch nun die Wiederkaufs-Uebereinkunft bedingungslos wird, folglich unbedingt zu Stand kommt, so fällt das Eigenthum auf den ersten Verkäufer kraft Gesezes alsbald eben so zurück, wie es zuvor von ihm auf den Käufer übergegangen war, und es braucht in jenem Fall so wenig als in diesem, daß eine Uebergabe oder Preiszahlung vorangehe. Daher ist es eine rechtswidrige Ansicht, wenn man glaubt, die Besizübernahme hätte vorausgehen müssen, ehe die auflösende Bedingung für zu Stand gekommen anzusehen wäre. Der Besiz hat hier, wie anderwärts, mit dem Eigenthums-Uebergang gar nichts gemein; er kann unverändert bleiben, indeß dieser dennoch geschieht. Im vorliegenden Fall war folglich der Wiederkauf rechtlich zu Stand gekommen. und wenn A. und B. nachmals davon dadurch abgiengen, daß der Erste dem Lezten sein Eigenthum überließ, so war das eine neue Uebereinkunft, wodurch abermals und zum drittenmal das Eigenthum kraft Gesezes von einer Hand in die andere übergieng, mithin war das dieser Uebereinkunft nachgefolgte Rechtsverhältniß keineswegs mehr das nämliche, welches vorher bis zur Wiederkaufs-Ankündigung, oder gar vor dieser bis zur Kaufszeit rükwärts bestanden hatte. War nun der Wiederkauf rechtlich zu Stand gekommen, so war 2.) auch die auflösende Bedingung des Rechts, die eben in jenem zu Stand kommen bestand, eingetreten. Die Wirkung einer solchen Bedingung wird aber allemal kraft Gesezes thätig, und nicht erst kraft einer Erklärung des Gläubigers, daß er sich solche zu nuz machen will. Denn das Gesez sagt: „sobald sie erfüllt wird, hebt sie die Verbindlichkeit auf,“

welches ganz etwas anders ist, als wenn das Gesez gesagt haben würde, „sobald sie erfüllt wird, hat der, dem sie zu „gut gesezt ist, das Recht, die Verbindlichkeit aufzuheben," so wie dieser Ausdruck deutlich auf eine, kraft Menschenwillkühr (facto hominis) erst zu Stand zu bringende Aufhebung hingewiesen hätte, so deutet jener unverkennbar auf eine, kraft Gesezes (facto legis seu ipso jure) zu Stand kommende hin. Dieses hindert nicht, daß derjenige, der will, ein solches Rechtsverhältniß, das keinen Rechtsbestand mehr hat, als Thatstand (merum factum) fortbestehen lasse, aber dieses willkührliche Fortbestehen stempelt denselben nie in einen Rechtsstand um, dieser bleibt immer aufgelöst. Wem noch ein Zweifel hiergegen beygehen könnte, der vergleiche nur den Sz. 1184., da wird die NichtErfüllung eines doppelseitigen Vertrags den auflösenden Bedingungen jedoch mit mehreren Einschränkungen beygezählt. Unter den lezten steht auch diese, daß hier die Auflösung nicht kraft Gesezes geschehen soll, zum unwiderleglichen Beweis, daß ausser diesem AusnahmsFall sie kraft Gesezes eintrete. Ist demnach der Pacht in unserem Fall kraft Gesezes aufgelöset gewesen, so ist 3.) das nachmalige Sizenbleiben des vorigen Beständers nach Sz. 1738. ein neuer, wenn gleich unter den vorigen Bestandschuldigkeiten wieder eingegangener Pacht, und dieser kann nach der Natur der Sache und nach der deutlichen Maasgabe des Sz. 1740. den Bürgen nicht ohne hinzugekommene neue Einwilligung verbindlich machen: in deren Ermanglung ward daher der Rückgriff auf ihn mit Recht verworfen.

Digitized by Google

307.

Unredlichkeit doppelter Forderung einer Schuld.

Es ist unredlich zweymahl das Nemliche zu fordern, spricht L. 57. de R. J. Hierbey muß vorerst vorausgesezt werden, daß das Fordern wissentlich geschehe, sonst wäre die Regel falsch, weil nur Kenntniß der Mängel Unredlichkeit wirkt, Sz. 550. Schon darum mangelt es jener Regel an der erforderlichen Genauigkeit. Wird sie von doppelter Zahlung ein und derselben Verbindlichkeit verstanden, so bedarf man ihrer nicht, da dafür der GesezAbschnitt von den Zahlungen zur Ungebühr hinreicht: bezieht man sie auf die Forderung einer Sache und ihres Stellvertretenden zugleich, z. B. wenn ein Ausleiher, dem der Entleiher den Werth der entliehenen und von ihm verlornen Sache ersezt hätte, nachmals, wo sich diese wiederfände, auch sie noch dazu vom Entleiher zurückfordern wollte, so ist sie unnüz oder unrecht. Unnüz um zu erkennen, daß der Ausleiher im unterstellten Fall die Ersazsummen zurückgeben müsse, wenn er die Sache wieder empfängt; denn da niemand Eins für das Andere schuldig ist zu empfangen und zu geben, Sz. 1243., so konnte seiner Zeit die Annahme des Stellvertretenden nur begründet werden, durch die aus dem Verlust der eigentlich zu zahlenden Sache hervorgangenen Anschein ihres Untergangs. Hebt sich dieser in der Folge durch das Wiederfinden, so erscheint damit jene Ersazzahlung als irrig geleistet, und der Schuldner der die Hauptsache zurückgibt, kann also jene stellvertretende Zahlung als aus

Irrthum geschehen, umstossen. Oft ward aber auch jene Stelle dazu angewandt, um der Rückgabe oder dem Rückempfang der wiedergefundenen Sache selbst auszuweichen, somit damit das Geld statt der Sache oder umgekehrt zu behalten, wozu man zugleich die Ansicht benuzte, daß durch die Ersazleistung die Sache für gekauft und verkauft gelte, und das war unrecht. Denn in jener Ersazleistung liegt die Absicht des SachenErwerbs gar nicht, sondern die Absicht, eine auf sich geladene Ersazverbindlichkeit zu zahlen, und wenn man das Geschäft mit einem Kauf vergleichen will, so wäre es nur ein Kauf aus Noth, dessen Vertragsursache nachmals wegfällt, sobald die Sache wieder gefunden wird, und der nur alsdann zu einem wahren Kauf wird, wenn nach der Wiederauffindung beede Theile sich der Befugniß nicht bedienen, wechselseitig die Sache und den gezahlten Ersaz wieder an sich zu ziehen, und dadurch stillschweigend Preis gegen Sache gegenüber stehen lassen. So lang diese spätere stillschweigende Uebereinkunft nicht vorhanden ist, bleibt jedem der Rückgriff frey, auf seine aus Irrthum oder aus Unwissenheit, wo die verlorne Sache sey, gegebene stellvertretende Sache.

308.

PrivatUrkunden über doppelseitige Verträge.

Unser Gesezbuch will, a.) daß PrivatUrkunden über doppelseitige Verträge nur gültig seyen, wenn sie doppelt, für jeden Theil Eine, gefertigt worden; b.) daß die Urkun-

Digitized by Google

den von dieser doppelten Ausfertigung Meldung thun müssen; und c.) daß ein Unterbleiben dieser Meldung von derjenigen nicht für sich angeführt werden könne, der den in der Urkunde beschriebenen Vertrag seiner Seits vollzogen hat, Sz. 1325. Diesem mißt Dabelow II. §. 1106. den Sinn bey, daß zu a. das Unterbleiben der doppelten Ausfertigung nicht nur die Urkunde, sondern auch den Vertrag selbst ungültig mache, weil der Beweis des Daseyns des Vertrags nirgends andersher geführt werden dürfe; daß zu b. das Nämliche von der unterbliebenen Meldung der Ausfertigung gelten müsse, mithin ein anderwärtsher entnommener Beweis dieses Daseyns, z. B. aus einem unter den betheiligten geführten Briefwechsel nicht statt habe, sofort dessen vom französischen Kassationshof geschehene Zulassung dem Geist des Code zuwider sey; endlich zu c., daß der Vertrag von einer Seite ganz erfüllt seyn müsse, wenn die gesezliche Ausnahme eintreten solle. In allen diesen Ansichten dürfen wir ihm nicht Beyfall geben. Zu a. sagt das Gesez kein Wort von einer Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, welche an sich von einer bloßen Wirkungslosigkeit der Beurkundung sehr verschieden ist; nur die Urkunde spricht es ungültig. Dürfte das Rechtsgeschäft nicht anders als aus der Urkunde bewiesen werden, wie der Verfasser schreibt, so würde dieses zwar einer Nichtigkeit desselben so ziemlich gleich gelten, da jenes alsdann niemals klagbar werden könnte. Aber diese Ausschliessung alles andern Beweises führt kein Gesez im Munde. Dabelow II. §. 1115. (in der Mitte) sagt selbst: „mangelt die „Urkunde, so kann freylich auch durch Eideszuschiebung und „Geständniß des andern Theils der Beweis geführt werden,

„aber nie durch Zeugen.“ Hier gibt er also, nicht ohne Anstoß gegen seine frühere Aeußerung selbst zu, daß noch andere Beweise, nämlich wenigstens jene der sogenannten vollkommenen Art statt finden, und will nur noch die unvollkommenen (Zeugen nämlich und die ihnen gleich gesezten richterlichen Vermuthungen) ausgeschlossen wissen, aber selbst darinn geht er zu weit, denn der Sz. 1347. läßt für alle jene Fälle, wo das Gesez UrkundenVerfassung zum Beweis fordert, auch unvollkommene Beweise an deren statt zu, sobald ein Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist: folglich sobald bey einer einfach nur geschehenen Ausfertigung derjenige belangt werden soll, der sie unterzeichnet hat, und gegen den sie daher als BeweisAnfang vermög Sz. 1347. dient, oder sobald zu b. bey einer doppelt geschehenen Ausfertigung, welche die Meldung der doppelten Ausfertigung nicht in sich trägt, aus andern Schriftbeweisen, welche von demjenigen herrühren, der diesen Mangel einer Ansprache entgegen hält, ein Anfang des Beweises hergestellt ist, so muß allerdings anderer Beweis über das Rechtsgeschäft zugelassen, in jedem Fall also dieses für gültig angesehen werden, als ohne welches der Beweis sehr unnüz wäre, und hat daher (wie sich ohnehin leicht vorzustellen ist), der Kassationshof den Geist seines Landesgesezes besser verstanden, als daß man seinen Spruch anstössig finden dürfte. Ueber die Erfüllung zu c. bemerkt der Verfasser, es sey im Sz. 1325. Abs. 4. nicht von fern davon die Rede, daß ein Kläger, der auf Erfüllung klagt und vom Beklagten mit der Einrede der Nichtigkeit abgewiesen werden will, seine eigene Erfüllung als Gegenrede (replicam) demselben entgegensezen könne, um seinen auf die richtige Urkunde

kunde gestüzte Klage damit aufrecht zu erhalten, sondern es sey das Gesez mit Hinzunahme einer in den vorausgegangenen Verhandlungen gefallenen Rede auf den Fall zu beziehen, wo ein Theil gleich Anfangs ganz erfüllt hat, mithin seinem Gegentheil keine Ausfertigung mehr nöthig sey, aber wohl ihm, um den Andern nöthigenfalls zur Gegenerfüllung zwingen zu können. Allein hierinn liegt eine doppelte Begriffs-Verwechslung. Einmahl müßte, wenn jene Herleitung der gesezlichen Verfügung passen sollte, dieser vierte Absaz von dem Fall sprechen, wo die Urkunde nur einfach ausgefertigt ward, von diesem spricht er aber nicht, sondern von demjenigen wo sie doppelt ausgefertigt, und nur die Meldung der doppelten Ausfertigung unterlassen worden. Zum andern müßte selbst, wenn sie von jenem Fall spräche, die Verfügung nicht sagen, der wer erfüllt hat, könne sich auf die Nichtigkeit nicht berufen, denn dieser wäre ja hier nach jener Unterstellung der Inhaber der einfachen Urkunde, nur er wäre im Fall klagen zu können, könnte also niemals derjenige seyn der die Einrede macht, sondern sein Gegentheil wäre es, mithin hätte das Gesez in diesem Gesichtspunkt sagen müssen, wer die Erfüllung angenommen hat, könne die Nichtigkeit dem Andern nicht weiter entgegen halten. Um die richtige Ansicht obiger Stelle zu fassen, ist folgendes voraus zu bemerken:

A.) Diese Stelle (Sz. 1325. Abs. 4.) handelt (wie gesagt) von dem Fall, wo doppelte Ausfertigungen vorhanden sind, und kann also auf ein Geschäft nicht bezogen werden, in welchem nur eine einfache Ausfertigung geschah.

B.) Die Erfüllung soll nicht den Mangel einer zweyten Fertigung, sondern nur jenen der Meldung dieser doppelten Ausfertigung ersezen; und zwar:

C.) Sie soll ihn nur gegen jenen ersezen, der den Vertrag erfüllt hat, indem dieser sich dadurch das Recht die Ungültigkeit der Urkunde geltend zu machen benommen hat; jedoch

D.) es kommt dabey nicht auf die Erfüllung einer einzelnen Verbindlichkeit, als solchen, sondern des in der Urkunde beschriebenen Vertrags an;

E.) Jeder doppelseitige Vertrag besteht aus vier Hauptverbindlichkeiten, deren jeder Theil zwey hat, nämlich seine Gabe oder Leistung in rechter Zeit und Art zu thun, und die Gegengabe oder Gegenleistung des Andern zu gehöriger Zeit und am gesezmässigen Ort in Empfang zu nehmen. Jeder Theil hat also den Vertrag erfüllt nicht schon dann, wann er seine Gabe gibt oder leistet, sondern es gehört auch dazu, daß er die Gabe oder Leistung des Andern in Empfang nimmt;

F.) Das Gesez sagt nur, daß eine Vertragsperson, nicht wie sie erfüllt haben müsse, um der Einrede jener Nichtigkeit auszuweichen; eine theilweise Erfüllung ist aber schon Erfüllung, wiewohl nur angefangene nicht vollendete; sie ist also unter dem allgemeinen Ausdruck des Gesezes mit begriffen:

G.) Völlig erfüllt ist der Vertrag von keinem Theil, ehe seine eigene Verbindlichkeit gänzlich entrichtet, und die Zahlung der Verbindlichkeit des Andern gänzlich in Empfang genommen, oder sich doch in gehöriger Art dazu dargestellt worden ist (vergl. Sz. 1178.) Würde daher die

Digitized by Google

befragte Stelle auf eine völlige Erfüllung ausgelegt, so würde sie auf einen Fall bezogen, wo niemals oder doch äußerst selten der Gebrauch der Urkunden noch gedenkbar ist, sie würde auf eine Ungereimtheit gedeutet. Aus diesen Vordersäzen gehen nachstehende Rechtswahrheiten folgerichtig hervor.

I.) Gegen jeden, der ganz oder zum Theil die ihm kraft Vertrags obliegende Lieferungen oder Leistungen gethan hat, imgleichen

II.) gegen jeden, der die Leistungen oder Lieferungen des Andern ganz oder stückweise, wie sie nun geschehen sind, angenommen hat, kann die ohne Meldung der Doppelschrift die ausgefertigt worden ist, verfaßte PrivatUrkunde als gültig benuzt werden, weil jener die Ungültigkeit ihr nicht mehr entgegen halten darf; folglich

III.) niemals kann eine ihr zur Folge geschehene Uebergabe einer Sache oder Geldsumme oder eines Theils derselben als eine Zahlung zur Ungebühr geltend gemacht, noch wegen Nichtigkeit der Urkunde die den Forderungstitel ausmacht, zurückgefordert werden: auch kann

IV.) niemals eine Klage aus einer solchen Urkunde auf die RestSumme der stückweise erfüllten Verbindlichkeit durch den Vorwand jenes Mangels in der Urkunde zurückgewiesen werden, da hingegen, und nur da, wo

V.) Eine solche Urkunde gegen jemanden benuzt wird, der zur Zeit weder seine Verbindlichkeiten erfüllt, noch Erfüllung der Verbindlichkeiten des Gegentheils angenommen hat, greift der Einwand der Ungültigkeit gegen denjenigen Plaz, der die Urkunde für irgend eine Klage oder Einrede benuzt.

309.

Ungleichlautende Doppelschriften doppelseitiger Verträge.

A. hatte an B. eine Uhr auf 14. Tage Lieferungszeit verkauft, und dieser dagegen nach drey Monaten den Kaufpreis zu zahlen versprochen. Ersterer stellte den B. einen Schein Nr. 1. aus: „Vermöge eines heute abgeschlossenen Kaufs bin ich dem B. eine Uhr (hier folgt die Beschreibung) in N. N. zu liefern schuldig, wogegen solcher mir den Kaufschilling „mit Einhundert und zwanzig Gulden dahier in meiner Be„hausung von heute über drey Monate zu zahlen zugesagt, „und mir darüber Gegenschein gegeben hat," (hier folgt Ort, Tag und Jahr, auch Unterschrift des B.) Dieser Gegenschein des A. oder Nr. 2. besagte: „Ich unterzeichneter „bin vermög eines heut abgeschlossenen Kaufs über eine Uhr „(Beschreibung) welche mir B. in 14. Tagen von heut an zu „liefern zugesagt und darüber Schein ausgestellt hat, die „Summe von Einhundert und zwanzig Gulden als Kauf„schilling heut über drey Monate zu zahlen schuldig," (hier folgt Schluß und Unterschrift wie oben). Beede Urkunden waren von dritter Hand geschrieben und nur eigenhändig von dem ausstellenden Theil unterschrieben, eine eigenhändige Beyfügung der Summe wofür sie gut sey, war bey dem ersten durch die eigenhändig beygezeichneten Worte: „Gut für „eine Uhr zu hundert und zwanzig Gulden Werth," geschehen, unter dem andern Schein stand kein Gutseyn angemerkt. A. lieferte zu rechter Zeit seine Uhr, B. zahlte aber zu seiner Zeit nicht; da ihm die Uhr verleidet war, so

wandte er ein, er habe sie auf Probe genommen und sie gefalle ihm nicht, A. widersprach dieses mit Bezug auf den nichts davon besagenden Kaufvertrag, und klagte aus seinem Schein (oben Nr. 2.). B. der jenem Einwand des Kaufs auf Probe voraus nicht traute, verband nun damit noch die weitere Einrede, der Schein sey als Doppelschein nicht gültig, weil er mit dem Seinigen nicht gleichlautend sey, er sey auch als einfacher Schein nicht gültig, theils weil über ein doppelseitiges Rechtsgeschäft einfache Scheine nicht zulässig seyen, theils weil er die eigenhändige Bezeugung des Gutseyns nicht bey sich führe. Diesemnach kam es auf vier Fragen an:

1.) Ist zu einem Doppelschein wesentliche Gleichlautenheit genug, oder wörtliche nothwendig?

2.) Können ungleichlautende Doppelscheine noch als zwey einseitige Verbindlichkeitsscheine gelten?

3.) Ist die Gutbezeugung eine zur Gültigkeit der Urkunde oder nur zur Erhöhung der Beweiskraft geordnete Erforderniß?

4.) Kann leztere, wo sie ermangelt, durch andere Beweise ersezt werden?

Zu 1. Fordert weder der Ausdruck noch der Geist des Gesezes Gleichlautenheit. Der Ausdruck im Text will, es sollen so viele Urschriften der doppelseitigen Zusagen ausgefertigt werden, als viel Gegenbetheiligte sind, Sz. 1325., wenn also im lezten Absaz des nämlichen Sazes: Doppelschriften genannt werden, so gibt er durch jene vorausgegangene Worte zu erkennen, daß unter Doppelschriften mehrfache Urschriften ein und desselben Vertrags verstanden werden, welches der Grundtext noch klärer macht,

da er das Wort Doppelschrift durch die Umschreibung des origineux, qui ont été fait doubles, triples etc. umschreibt. Hiernach ist also nichts erforderlich, als daß jeder Theil über die Zusagen eines doppelseitigen Vertrags eine Urschrift besize, und daß beederley Urschriften ein und dieselbe Zusagen beurkunden. Hierinn liegt keineswegs die Nothwendigkeit eines wörtlichen Gleichlauts. Noch weniger liegt sie im Geist des Gesezes, dieses hatte zum Zweck α) daß jeder Theil eine Urkunde über seine aus dem Vertrag erlangte Rechte in der Hand habe, β.) daß jeder auch eine Urkunde seiner übernommenen Verbindlichkeiten besize. Dieser Zweck wird vollkommen erreicht, wenn jede der beeden Urschriften Rechte und Verbindlichkeiten beeder Theile gleichförmig, wenn schon nicht gleichlautend, ausspricht. Mag also Gleichlaut immer besser seyn, wenn ein Aufsaz zu entwerfen ist; so kann doch dessen Abgang allein den Beweis in unserem Fall nicht entkräften.

Zu 2.) Kommt es zwar hauptsächlich auf die Fassung an, ob nämlich die beeden Scheine als Vertrags-Urkunden gefaßt sind, mithin so, daß sie über die beederseitigen Verbindlichkeiten verfügend sprechen, oder als Schuldscheine, das heißt, so daß sie nur eines jeden Theils Verbindlichkeit verfügend und die gegenseitige im Vorbeygehen erzählend erwähnen. Wo lezteres (wie in obigem Fall) eintritt, da ist nie Anstand zu nehmen, jeden Schein als einseitige Urkunde zuzulassen, wenn er die dafür im Sz. 1326. ausgesprochene Erfordernisse hat: denn in einem solchen Fall ist die Urkunde, unangesehen der Doppel-Rücksicht, in welcher die darinn bezeugte Verbindlichkeit zu der Gegenverbindlichkeit des Gläubigers steht, dennoch ein

Digitized by Google

Brief, wodurch eine Parthie allein gegen die Andere sich verbindet, mithin ist das buchstäbliche Erforderniß vorhanden, und an dem MitEintreffen des Geists des Gesezes wird ohnehin niemand zweifeln.

Zu 3.) müßte freylich aus den Worten des Sz. 1326. eine Ungültigkeit der nicht mit der eigenhändigen Gutsage versehenen Schuldscheine folgen, wenn sie allein stünden, weil es heißt: sie muß damit versehen seyn (doit être, il faut) welches den Willen, daß eine Eigenschaft nicht mangeln dürfe ohne Nachtheil der Gültigkeit, anzudeuten pflegt; inzwischen der nachfolgende Sz. 1327. erklärt dennoch, daß der Gesezgeber dieses nicht gemeynt haben könne, weil er sonst auch eine Nichtigkeit alsdann hätte aussprechen müssen, wann das Gutsagen eine andere Summe ausspricht, als der Inhalt, folglich eine gleichförmige Gutbezeugung nicht vorhanden ist, wogegen er nur eine Beschränkung der Beweiskraft auf die mindere Summe angenommen wissen will, Dabelow II. §. 1107. Für Badens Recht sezt der Zusaz 6k. diese Ansicht ausser Zweifel, der den Werth einer gesezwidrigen Ausfertigung auf das Ermessen des Richters sezt, wo nicht das Unterlassene als Förmlichkeit, oder unter Strafe der Nichtigkeit geboten ist. Daher kann

Zu 4.) die mangelnde Gutsage allerdings durch andere Beweise ersezt werden, und das um so mehr, weil ein solch unterschriebener Schein, wenn man ihm auch nur den geringsten Grad der Wirksamkeit zulegen wollte, doch immer als Urkunde, die von demjenigen herrührt, wider welchen die Forderung gerichtet ist, und welche die angeführte Thatsache wahrscheinlich macht, die im Sz. 1347. bestimmte Beweis einleitende Kraft haben müßte. Diesemnach war dann

Digitized by Google

in unserem Fall, wo der gehörig vereigenschaftete Gegenschein die nämliche Summe aussprach, die auch dieser nicht gehörig ausgefertigte Schein enthielt, allerdings ein hinlänglicher Beweis nicht nur der Verbindlichkeit, sondern auch ihres Betrags vorhanden.

310.

Eid auf Handelsbücher.

Der Sz. 1329. sagt: „Bücher der Handelsleute machen keinen Beweis der eingetragenen Lieferungen gegen Nichthandelsleute, vorbehaltlich dessen, was unten vom Eid bestimmt wird." Da im Kapitel vom Eid nichts vorkommt, was besonderen Bezug hat auf Handelsbücher, so hat man den Sz. 1367. damit in Verbindung sezen wollen, um dem Richter die Befugniß zu geben, sich jene Bücher bey dergleichen Strittigkeiten vorlegen zu lassen, und darnach sich zu bestimmen, welchem von beeden Theilen ein Notheid aufzulegen sey, vergl. Dabelow II. §. 1109. Dieses bedarf jedoch einiger Beschränkung. Wo nämlich

1.) der Handelsmann klagt, und der Nichthandelsmann einen Vertrag mit ihm eingegangen zu seyn läugnet, da kann der Kläger nach Sz. 1329. sich gar nicht auf sein Buch berufen, und da kann auch der Richter, wann ausser ihm gar kein Beweis da ist, sich das Handelsbuch nicht vorlegen lassen, um dadurch so viel Beweis zu bekommen als nöthig wäre, um einem NothEid Plaz zu machen, indem er Amtshalber niemals Beweise herbeyschaffen darf, wo ein Gesez es ihm nicht ausdrücklich gestattet, am allerwenigsten

auf dieſen Weg eine Urkunde eingeſchwärzt werden dürfte, deren das Geſez auf dem geraden Weg die Zuläſſigkeit abſprach. Wo aber

2.) der Vertrag eingeſtanden, und nur der Betrag der Schuldigkeit beſtritten iſt, da kann nach Sz. 1369. der Richter ſich die Bücher, es mag ſich der Kläger darauf berufen haben oder nicht, vorlegen laſſen, um ſein Ermeſſen über den SchäzungsEid zu beſtimmen: endlich

3.) wo der Nichthandelsmann gegen den Handelsmann klagt, da kann jener ohne Zuſtimmung der Lezteren ſich nie auf dieſe Bücher berufen, noch deren Vorlage verlangen, Erl. IV. S 378. Man hat zwar ein ſolches Recht, ſich darauf ſtatt Beweiſes zu berufen, aus Sz. 1330. geltend machen wollen, allein dieſer iſt nur von Fällen zu verſtehen, wo der Kaufmann ſich dieſe Berufung gefallen läßt, um den Gegengebrauch alsdann von ihnen machen zu können; dieſes beſtätigt ASz. 12. der alle Befugniß des Richters mit Widerſpruch des Gegners Handelsbücher zuzulaſſen, auf Fälle unter Handelsleuten wegen Handelsgeſchäften beſchränkt. Wo nachmals jener Fall eintritt, da kann es in der Regel auf einen NothEid gar nicht ankommen, weil alsdann das Buch voll beweiſt.

311.

Natur der GenehmigungsUrkunde.

Es ſcheint Manchem folgewidrig, daß den GenehmigungsUrkunden keine Form vorgeſchrieben iſt, und ſie dennoch die Mängel der Form oder der Rechtsfähigkeit eben ſo gut heilen

ſollen, als die Mängel des Willens, welches vorhin angeblich nicht ſo geweſen ſeyn ſoll, ſodann daß Schenkungen unter Lebenden von dieſer heilenden Kraft der Genehmigungen ausgenommen ſind. Dabelow II. §. 1114. Richtig erwogen verdient der Sz. 1338. und 1339. dieſen Tadel keineswegs. Allerdings geht er zugleich auf Mängel der Form, die man zum Theil vorhin auf dieſem Weg nicht für heilbar anſah, wie auch auf die Fehler der Rechtsmächtigkeit ſo gut als auf jene der Willensfreyheit, deren Eine wie die Andere ſchon das alte Recht auf dieſe Art für heilbar erklärte. Allerdings iſt auch dieſer Genehmigung keine beſondere Form vorgeſchrieben. Aber darum ſind ſie noch lange nicht für formfrey erklärt. Das Gegentheil ſteht vielmehr deutlich da, wo die Heilkraft nur denen in Zeit und Form geſetzmäſſigen Beſtätigungen (dans les formes et à l'epoque determinée par la loi) zugeſchrieben wird. Welches ſind nun dieſe? da keine eigene Zeit und keine eigene Form vorgeſchrieben iſt, ſo muß es diejenige Zeit und diejenige Form ſeyn, in welcher das Geſchäft urſprünglich hätte gemacht werden müſſen, um rechtsgültig zu ſeyn. Alſo

1.) bloſſe Fehler der WillensErklärung werden auch durch bloſſe verbeſſerte WillensErklärung beſeitigt:

2.) Rechtsgeſchäfte aus Zeiten der RechtsUnfähigkeit, z. B. Minderjährigkeit, werden durch Genehmigung in Zeiten der Rechtsfähigkeit z. B. Großjährigkeit geheilt.

3.) Rechtsgeſchäfte in ungültiger Form, z. B. lezte Willen, werden geheilt, wenn in gültiger lezten WillensForm ein Beharren dabey erklärt wird.

4.) Nur Schenkungen unter Lebenden ſind aus ungenannten Urſachen von dieſer Heilbarkeit ausgenommen.

Digitized by Google

312.

Natur der Einleitung eines SchriftBeweises.

Das durch den Code Napoleon erst unter uns bekannt gewordene Rechtswesen der Einleitung oder des Anfangs eines Schriftbeweises wird hier und da noch unrichtig angesehen. Man glaubt, der gesezliche Begriff fordere, daß die Urkunde woraus der Anfang hervorgehen soll, nicht nur das Daseyn einer Verbindlichkeit, sondern auch ihren Umfang nachweisen müsse, ohnerachtet französische Gerichte nur eine Nachweisung des Ersten für unentbehrlich ansehen, Dabelow II, §. 1117.; und dennoch haben diese allein recht, denn das Gesez fordert nicht, daß eine Einleitung die Forderung nach allen ihren Verhältnissen umfasse, und diese klar mache, sondern nur, daß sie die angeführte Thatsache (le fait allegué) wahrscheinlich mache, welches alles auch durch eine Urkunde geschehen kann, welche den Umfang oder Betrag der Verbindlichkeit unentschieden läßt. Das Gesez konnte auch nicht mehr fordern, nachdem es da, wo der Umfang im Streit, die Verbindlichkeit aber entschieden ist, durch den SchäzungsEid das ErgänzungsMittel für jenen BeweisAnfang selbst bestimmt hat.

313.

Fälle der Entbehrlichkeit eines SchriftBeweises.

Die Nothwendigkeit des UrkundenBeweises in allen Sachen, deren Werth über 75 fl. (oder 150. Franken) ansteigt,

Digitized by Google

erhält im Sz. 1348. eine Ausnahme, über welche zuerst eine allgemeine Regel gegeben ist, nachher vier Anwendungs-Fälle ausgesprochen sind. Die Regel, daß Beyspiele eine allgemeine Willens-Erklärung nicht einschränken, welche im Sz. 1164. begründet ist, darf hierbey nicht ausser Acht gelassen werden, alsdann wird man in dem Gebrauch jenes Sazes nicht fehlen; man wird keinen Anstand nehmen, die Zahlungen solcher Verbindlichkeiten, worüber kein Schrift-Beweis vorhanden war, und alle auf Märkten, oder im täglichen Lebensverkehr vorkommenden Geschäfte unter die ausgenommenen Fälle zu zählen, so wie auch den, wo der Schriftbeweis dem Gläubiger durch Entwendung untergegangen ist. Dabelow II. §. 1117. Lezterem ist zwar der Umstand entgegen, daß nach Abs. 4. nur Zufälle die aus einer höhern Gewalt (force majeure) entspringen, ausnahmsfähig erkannt sind, wohin nach Sz. 1953. gemeine Entwendungen nicht gehören: Diesen Einwand zu beseitigen, übersezte das Landrecht bloß unvermeidliche Zufälle, wohin jede Entwendung noch gehört, die man nicht durch ungemeine Nachlässigkeit veranlaßt hat.

314.

Eideszuschiebung an Bürgen.

Der Sz. 1365., der über den Werth zugeschobener Eide in Bezug auf Beweissäze spricht, gedenkt auch eines dem Bürgen über die Schuld selbst zugeschobenen Haupt-Eides, der dem Hauptschuldner zu Gut komme. Dieses hat anstössig geschienen, nachdem der Sz. 1359. für die Zuschiebung eigene,

Digitized by Google

oder nach Sz. 1362., wo von der Zurückschiebung gehandelt wird, gemeinschaftliche, also beeden Theilen eigene Handlungen fordert. Um einem vermeyntlichen Widerspruch auszuweichen, hat man allerley Meynungen aufgestellt; einige betrachten jenes Gesez vom Bürgen als Ausnahme, kraft deren hier auch über nicht eigene Handlungen eine Eideszuschiebung zulässig sey, obwohl es von ferne nichts enthält, was die Absicht eine Ausnahme zu machen andeutete, die auch wenig vernünftig wäre. Andere wollen jene Ausnahme zwar zulassen, aber sie auf den Fall einschränken, wo der Schuldner gestorben sey, um alsdann den Bürgen zum UnwissenheitsEid zuzulassen, ohnerachtet vom Sterben und vom UnwissenheitsEid kein Wort im Gesez steht, Dabelow II. §. 1125. Die wahre Ansicht ist folgende: der Sz. 1365. will gar nicht bestimmen, wenn und in welchen Fällen dem Bürgen ein Eid zugeschoben werden könne, sondern nur was ein also zugeschobener Eid wirke. Damit sezt er freylich stillschweigend voraus, daß es Fälle gebe, wo einem Bürgen der Eid zugeschoben werden könne, aber darum noch lange nicht, daß jeder Fall dazu geeignet sey. Welcher Fall dahin gehöre, muß demnach die allgemeine Vorschrift vom Eid ausweisen, von welcher unser Gesez weder Einschränkung noch Ausnahme festsezt. Diesemnach gehört dahin der Fall, wo der Bürge mit bey jenen Thatsachen des Rechtsgeschäfts, auf die es ankommt, gegenwärtig war, sey es nun, daß er bloß Zuschauer, oder Mitwirker, oder vom Schuldner beauftragter AlleinWirker war; kein anderer Fall gehört dahin.

315.

Wissentliche Zahlung zur Ungebühr.

Was der irrende Geber zurückfordert, das gilt dem Wissenden für verschenkt, sagt L. 53. de R. J.

Mit diesem Saz wurde ausgedrückt, daß eine wissentlich geschehene Zahlung zur Ungebühr nicht zurückgefordert werden könne L. 1. §. 1. ff. L. 9. C. de cond. indeb. Aber ob dieses noch gelte, mag Manchem zweifelhaft dünken, da im Code Napoleon keine so deutlich redende Stelle es entscheidet, und der Sz. 1376. sagt, wer wissentlich oder aus Irrthum etwas zur Ungebühr empfängt, werde verbindlich, es dem Zähler zu ersezen. Nichts scheint natürlicher als hieraus zu folgern, da dem Zähler ohne Beschränkung das Forderungs-Recht auf den Ersaz gegeben sey, so müsse die Berechtigung dem wissenden wie dem irrenden Zähler zu gut kommen, zumal nachdem die gegenüberstehende Verpflichtung auch dem wissenden wie dem irrenden Empfänger aufgelegt ist. Man kann dieses noch damit sehr scheinbar machen, daß man sagt: es könne zwar freylich gewöhnlich der wissende Schuldner, dem eine Ungebühr gefordert werde, keinen Grund haben zu zahlen, der werde es aber alsdann auch nicht thun; zuweilen aber würde dem Zähler eine ungegründete Forderung von einem Gegner unter Umständen gemacht, wo es jenem bedenklich sey, mit diesem sich in Streit einzulassen, und da könne ihm viel daran gelegen seyn, durch eine zur Wiedererstattung in künftige Zeit verpflichtende ungebührliche Zahlung dem dermaligen Austrag des Rechtsstreits auszuweichen. Inzwi-

Digitized by Google

schen würde dieser Gesichtspunkt der Gesezgebung dennoch nicht weise seyn, da sie dadurch gegen die Klugheitsregeln, daß man nicht auf seltene Vorfallenheiten das Augenmerk richten soll, L. 3. — 5. ff. de LL., anstossen, und einen Kunstgriff, ohne den der Andere in die ErstattungsVerbindlichkeit nicht verwickelt worden wäre, also nach Sz. 1116. einen Betrug, begünstigen würde. Daß dieses unsere Gesezgebung nicht wolle, sondern einverständlich mit dem alten Recht den wissentlichen Zähler von der Erstattungs-Klage ausschliesse, dieses legt sie im Sz. 1376. dadurch zu Tag, daß sie um den Halbvertrag der Zahlung zur Ungebühr zu begründen fordert, die Zahlung müsse „auf eine „vermeinte aber nicht vorhandene Forderung" geschehen seyn. Wessen Meynung ist nun hier in Frage? Offenbar nicht jene des Empfängers: denn von diesem steht vorher im nämlichen Saz, er möge die Ungebühr wissen oder nicht, so solle er verbindlich werden, auf dessen Ansicht und Meynung ist folglich nichts ausgesezt. Nothwendig zielt also diese Stelle auf die Meynung des Zählers; da nur, wo dieser meynte aus einer vorhandenen Forderung, also auf eine vorhandene Verbindlichkeit, zu zahlen, soll der Empfänger durch Halbvertrag zur Erstattung verbindlich werden. Ist hiernach solches Band auf diesen Fall beschränkt; so entsteht die Verbindlichkeit da nicht, wo jene Meynung des Zählers fehlt, und diese fehlt allemal da, wo derselbe weiß, daß es eine Ungebühr ist, die er zahlt. Entsteht jener Halbvertrag nicht, so fällt die Erstattungs-Verbindlichkeit weg, die nur er begründen konnte, der Empfang ist unwiderruflich, und folglich, da er auch unentgeldlich angenommen würde, ist er laut Sz. 894.

Digitized by Google

eine Schenkung. So steht jene Rechtsregel des alten Rechts noch jezo fest.

316.

FrauenGewalt über EhegemeinschaftsGut.

Die Säze 1426. und 1427. des Code Napoleon sprechen beede von Wirkungen der Handlungen der Ehefrauen auf GemeinschaftsGut; der erste sagt, sie können selbst mit GerichtsErmächtigung solches nicht verbindlich machen, der Andere, sie können sich selbst und dieß GemeinschaftsVermögen nur mit GerichtsErmächtigung und in den nahmhaft gemachten Fällen verbindlich machen. Diesem erscheinenden Widerspruch wollen einige Rechtsgelehrte damit ausweichen, daß sie den ersten der beeden Säze auf förmliche Verträge (soll wohl heissen Verträge zu eigenem Besten) und den Zweyten von Verbürgungen und Verpfändungen verstehen. Diese durchaus willkührliche, vom Gesez nicht begünstigte Unterscheidung ist nicht der rechte Weg. Das GemeinschaftsVermögen ist nach Sz. 1401. gedoppelter Art, solches das eigenthümlich in die Gemeinschaft gehört, und solches, daß nur nuznießlich ihr zukommt, und dessen GrundEigenthum den beybringenden Ehegatten bleibt. Von jeder Gattung desselben, so weit sie der Gemeinschaft gehört, spricht der erste Saz, um zu sagen, die Frau kann selbst mit GerichtsErmächtigung darüber nichts verfügen, was den Mann in seiner GemeinschaftsNuzung benachtheiligen kann. Aber, so dürfte man nun denken, sie kann doch wohl ihre Person verbindlich machen, und ihm

nur

nur nuznießlich der Gemeinschaft gehörige Güter dem GrundEigenthum nach zu Unterpfand geben, weil dieses den GemeinschaftsErtrag nicht mindert: Hierauf antwortet Sz. 1427: nein, es wäre dann, daß einer der im Gesez genannten Fälle vorhanden, und selbst da ist noch GerichtsErmächtigung nöthig. Dieses ist der wahre Gesichtspunkt, aus welchem beede Säze zur Anwendung kommen müssen.

317.

Erfordernisse des VermögensAbsonderungsAntrags.

Eine Ehefrau, die in ehelicher Gemeinschaft lebte, kein eigens bestelltes Heyrathsgut, aber ein schönes Beybringen hatte, das sie theils mit in die Ehe gebracht, theils nachher ererbt hatte, trug gegen ihren, obwohl unverschuldet in Vermögenszerfall gerathenen Mann auf Absonderung an. Die Widersprüche des Mannes führten folgende Fragen herbey.

1.) Findet auch bey unverschuldetem Unglück des Mannes ein solcher Antrag statt? Antwort: Ja, denn das Gesez fordert mehr nicht, als die doppelte Thatsache einer vorhandenen VermögensZerrüttung und einer daraus für das weibliche Beybringen entstehenden Gefahr, und unterscheidet weiter nicht über die Unschuld oder Verschuldung der Erstern. Der Grund der Zulässigkeit der Absonderung liegt auch nicht zunächst in der Besorgniß, daß der Mann fernerhin übel wirthschaften werde, wozu allerdings in einem Fall wie der obige kein Grund vorläge, sondern in

der Vorausſicht, daß der Mann bey dem beſten Willen nach einmal vorliegender Zerrüttung eine Einrichtung nicht machen könne, wobey ein fernerer Zurückgang des GemeinſchaftsVermögens vermieden bleibe. Wo eine ſolche Einrichtung möglich wäre, da würde allerdings die Abſonderungsbitte als unſtatthaft verworfen werden müſſen, indem ſie nicht ohne Prüfung des Werths der Gründe geſchehen darf, und da widerrechtlich iſt, wo ohne ſie die Rechte der Betheiligten gewahrt werden können, vergl. Sz. 1447. Wo aber eine ſolche Möglichkeit nicht klar gemacht werden kann, da reicht eine bloſſe Unſchuld des Mannes an dem VermögensZerfall nicht hin, um den AbſonderungsAntrag zurückzuweiſen, vergl. Dabelow II. §. 1146. Nro. 1. Lit. c.

2.) Kann auch eine Ehefrau, die kein förmliches Heyrathsgut hat, AbſonderuugsAnträge machen? Antwort: Ja! jedoch nur alsdann, wann ſie bey dem Anfang der Ehe ſchon Vermögen zugebracht hat. Das Wort: Heyrathsgut hat in unſerem Geſez einen doppelten Sinn, einen Sachartigen und einen Formartigen. Der Formbegriff, iſt der, welcher ein Vermögen bezeichnet, worauf durch eine Ehebewidmung die Ehelaſten beſonders gelegt ſind, Sz. 1541., ein Begriff, der nur auf bewidmete Ehen anwendbar iſt und allda Folgen erzeugt, die in anderen Ehen mit ihm nicht verbunden ſind, Sz. 1535. Der Sachbegriff hingegen, der alle, auch die unbewidmeten Ehen umfaßt, iſt derjenige, der alles Vermögen bezeichnet, das als Mittel für Tragung der Ehelaſten in die Ehe kommt, und den der Sz. 1540. geſezlich feſtſtellt. In dieſem Sinne gilt bey geſonderten Ehen der dritte Theil des weiblichen Einkommens für Heyrathsgut, Sz. 1537.; in Nuznieſ-

Digitized by Google

ſungsEhen gilt dasjenige Vermögen, welches die Frau gleich bey der Heyrath mitbringt, im Gegenſaz gegen jenes, welches ſie etwa ſpäter gewinnt, für Heyrathsgut, Sz. 1532., vergl. mit 1530. In der geſezlichen Ehe iſt die Gemeinſchaft, welche aus der Nuznießung der Liegenſchaft und aus dem Eigenthum der Fahrniß beſteht, Sz. 1401. zu Tragung der Ehelaſten beſtimmt Sz. 1409. Abſ. 5. Auf dasjenige, was eine Ehefrau in ſolche gleich Anfangs der Ehe an Fahrniß und an LiegenſchaftsNuznießung einbringt, paſſet daher der Sachbegriff des Heyrathsguts vollkommen, und er iſt daher in unſerem Saz, wie in allen, wo nicht von Eigenheiten der bewidmeten Ehe die Rede iſt, zu unterſtellen. Die obige Ehefrau konnte folglich allerdings in den Fall kommen, auf eine Abſonderung antragen zu dürfen, aber nicht bloß dadurch, daß etwas von ihrem ganzen Beybringen in Gefahr kommt, ſondern erſt dadurch, daß das Anfangs der Ehe beygebrachte, alſo als Heyrathsgut oder Eheſteuer zu achtende gefährdet wird. Dieſe Verordnung iſt auch ſo ungereimt nicht, als Manche ſie anſehen wollen. Denn eine Frau, welcher während der Ehe etwas zufällt, hat Gelegenheit gehabt, die Lage ihres Mannes kennen zu lernen, und wenn ſie es nöthig achtet ſich vorzuſehen; hat ſie dieſes nicht gethan, ſo muß ſie nachmals von Rechtswegen auch an dem Schickſal des Vermögens mitleiden: das iſt aber anders bey Eingang der Ehe, wo die Frau die künftige Lage der Hauswirthſchaft noch gar nicht gründlich überſchlagen kann, weswegen ſie hier größere Sicherheitsbegünſtigungen verdient.

3.) Wie iſt es zu vereinigen, daß das Heyrathsgut in Gefahr ſeyn müſſe, und daß doch zugleich der Abſon-

derungsAntrag darauf ausgesezt seyn soll, ob die oft nach Größe des Beybringens viel frühere eintretende Besorgniß, es möchte die Frau nicht für ihr ganzes Beybringen belegt werden können, eingetreten sey? Antwort: Nur die Natur des Heyrathsguts ist Grund des Gesezes, also tritt der AbsonderungsAntrag nur da ein, wo eine Ehe Heyrathsgut hat; hat sich diejenige Frau die nichts einzubringen, wohl aber Aussicht zu erben hat, nicht dadurch vorgesehen, daß sie diese zukünftigen Güter zu Ehesteuer aussezt, und fallen sie also dem Mann nachmals kraft schon wohlerworbenen Rechts ohne besondere Verhaftung zu Ehestandslasten zu, so ist es ihre Schuld, daß sie deren Gefahr nicht zum Grund einer Absonderungsbitte machen kann, weil sie nun einmahl unbedingt der Verfügung des Ehemanns nach Sz. 1421. heimgefallen sind. Hat aber eine Frau durch das Einbringen einer Ehesteuer sich das Recht zu AbsonderungsAnträgen erworben, alsdann soll Gefahr für ihre Ehesteuer nicht erst da angenommen werden, wo schon für diese ein Verlust vorzusehen ist, sondern deren Gefahr wird gesezlich gebietend vermuthet, sobald ein VermögensUeberschlag nicht mehr sicher die Bezahlung alles Beybringens ausweiset.

318.

Verlängerung der NothdurftsRechte der Wittwen.

Eine Wittwe, deren verstorbener Mann, obwohl er kein Handelsmann war, dennoch GewinnGeschäfte in der Ferne

betrieben hatte, sahe aus diesem Anlaß sich genöthigt, Fristverlängerung zur Vollendung des VermögensVerzeichnisses und zu ihrer Erklärung über die GemeinschaftsAnnahme auf zwey Monate auszuwirken, welche ihr auch des Widerspruchs der männlichen Erben ohnerachtet ertheilt ward. Als nach deren Ablauf das Verzeichniß vorgelegt ward, und nur einen unbedeutenden Ueberschuß des Fahrnißvermögens gegen die Schulden auswies, der durch wenige nachkommende noch unbekannte Schuldforderungen in Verlust übergehen konnte, entsagte die Frau der Gemeinschaft. Da sie inzwischen ihren nothdürftigen Unterhalt aus der Gemeinschaft genossen hatte, so verlangten die Erben des Mannes, daß sie dessen Werth von den lezten zwey Monaten ersezen solle, weil die richterliche Fristverlängerung die Verhältnisse des Beutels zwischen beeden Parthien nicht ändern könne, welches aus dem Sz. 1244. bewiesen werden wollte. Die Wittwe hingegen behauptete, daß ihr im Sz. 1465. gegründetes Nothdurftsrecht bis zur Erklärung über die GemeinschaftsAnnahme, oder zur Versäumung derselben fortdauere, da diesem Recht keine eigene Betagung vorgemessen sey, sondern die nämliche Frist dem UnterhaltsBezug gegönnt ist, welche sie zur Erklärung hat, von welcher zuvor im Sz. 1458. es als Eigenschaft angegeben ist, daß sie vom Richter nach Vernehmung der Erben, auch mit deren Widerspruch, aus gerechten Ursachen verlängert werden könne, und weil es überhaupt Natur der Fristverlängerungen ist, das Nämliche zu wirken, was die ursprüngliche Frist wirkte, (ein Grund den Dabelow II. §. 1149. für entscheidend ansieht). Der lezte Grund konnte nicht sonderlich berücksichtet werden; denn jene Rechtsgleichheit der Fristverlängerungen, die in

keinem Gesez geordnet, sondern nur aus der Natur der Sache abgeleitet ist, kann folgerichtig auf keine andere Eigenschaften der Hauptfrist angewendet werden, als die wesentlich mit dem Zweck der Frist verbunden sind, hingegen keineswegs auf solche, die ihr nur zufällig durch eine besondere Verwilligung beygesellet sind; bey diesen kann nur die Natur der Verwilligung zusammengehalten mit den Gründen der Verlängerung entscheiden. Gienge die Verwilligung aus dem Grunde aus, aus welchem vorhin die Eheweiber welche Brautschaz forderten, in der Gant Nothdurftsrechte genossen, nämlich weil die Masse inzwischen ihr Vermögen nuzte, dann würde man allerdings sagen können, die Fristverlängerung verlängert auch die Wirkung des Grunds jener Bewilligung und muß also ihr Nothdurftsrecht mit erstrecken. So ist aber unser Fall nicht beschaffen; die Frau zieht nach Entsagung oder Annahme der Gemeinschaft ihr Beybringen entweder als Einbusse gar nicht, oder dann mit Früchten und Zinsen vom Tag der aufgelösten Gemeinschaft an, weg, Sz. 1473., ihr Unterhalt aus derselben wird daher durch nichts wett, sondern geht der Masse unvergolten ab: er ist der Frau verwilligt worden, damit sie ohne Nachtheil Zeit gewinne zu sehen, welche Einrichtung sie künftig treffen könne und müsse, um ihren Unterhalt zu finden, er ist ein Vortheil, den man darum für billig gefunden hat, weil der Mann vorhin ohne der Frau Wissen und Willen über die Gemeinschaft nach seiner Behaglichkeit verfügen konnte, daher auch diese billig einige Zeit Genuß derselben hat, um sich über das umzusehen, was ihres Vortheils desfalls ist. Inzwischen schlagen diese Gründe für die NothdurftsGestattung auf die Fortdauer in der FristVerlänge-

rung ebenfalls an, dann ist sie — was man voraussezen muß — von dem Richter mit Recht ertheilt worden, so ist dieses ein Beweis, daß es nicht möglich gewesen sey, früher über die Lage der Gemeinschaft in das Klare zu kommen, also auch nicht früher in die Lage, den Vortheil der Annahme und die künftigen Unterhaltsmittel zu überschauen. Bey dieser Gleichheit der Gründe für den Unterhalt in der ersten und in der verlängerten Frist, mußte man auch die Gleichheit der Befugniß dazu um so mehr billigen, als nichts gründliches gegen den Einwand zu erwiedern ist, daß der Wittwe Nothdurftsrecht keine eigene Betagung hat, sondern lediglich auf jene der Erklärung verwiesen ist, die also dabey auch mit allen ihren Eigenschaften in Anwendung kommen müsse. Der Einwurf, daß der Richter nichts über den Beutel der Parthieen verfügen könne, ist aus dem Sz. 1244. nicht zu begründen. Wesentliche Rechtsbeschaffenheiten kann er nicht ändern, also nicht — wovon dort die Rede ist — eine gesezlich untheilbare Schuld eigenmächtig für theilbar erklären, aber Rechtsfolgen nach eintretenden Umständen durch Erstreckung oder Beschränkung zu mässigen, das steht ihm nach Umständen allerdings zu, denn darauf beruht die im Sz. 1244. gegebene Befugniß zu Bewilligung der Zahlungsfristen, die allemal auf den Beutel der Parthieen Einfluß hat, imgleichen sein Recht bey theilweis geschehener Erfüllung eines Vertrags die Vertragsstrafe zu mässigen, Sz. 1231., und andere mehr. Aber freylich was wegen dieser den Beutel betreffenden Rechtsbefugnisse im Gesez gesagt ist, daß der Richter sie nur mit vieler Behutsamkeit gebrauchen müsse, tritt auch hier ein, eben deswegen kann der Richter bey eintretender Zweifelhaftigkeit der Ursachen, der

Digitized by Google

VerlängerungsVerwilligung das Geding anhängen, daß sie ohne Verlängerung der UnterhaltsRechte der Frau gemeynt seyn solle, so wie er in geeigneten Fällen bey der Berufung deren aufschiebende Wirkung einschränken kann.

319.

Schuldverbindlichkeit der Ehefrauen.

Auch eine verzichtende Frau bleibt den EheGläubigern verhaftet, für Verbindlichkeiten, die sie gemeinschaftlich mit ihrem Mann übernommen hat, Sz. 1494., und zwar sagen die Erl. III. S. 381. fürs Ganze, wenn sie sich sammtverbindlich verpflichtet hat, ausser diesem Fall für die Hälfte. Mit Unrecht scheint Dabelow II. §. 1155. auch für lezteren Fall eine Verbindlichkeit auf das Ganze auszusprechen. Mit gleichem Unrecht aber wollte in einem vorgekommenen Fall eine Frau, deren GemeinschaftsAntheil kraft Ehevertrags, vermög der Erlaubniß des Sz. 1520. nur ein Drittel an der Gemeinschaft war, losgesprochen werden, die Hälfte der Schuld dem Gläubiger zu vergüten, und ihm nur für ein Drittel verhaftet seyn. Freylich in Absicht des Rückgriffs auf ihren Mann wegen dessen, was sie etwa für diesen mehr bezahlt hätte, als sie nach Gemeinschaftsrecht schuldig war, würde sich die Bestimmung nach einem solchen Theilvertrag richten müssen, Erl. III. S. 385., aber die Gläubiger geht dieses nichts an. Sobald die Frau mit dem Mann gemeinschaftlich Verbindlichkeiten übernimmt, stellt sie sich desfalls als seine Gesellschafterin dar, und ihr Verhältniß zu dem Gläubiger bestimmt sich nach den Vorschrif-

Digitized by Google

ten der Verträge, welche von Gesellschaftern mit Dritten geschlossen werden; in solchen soll nach Sz. 1863. jeder für seinen Kopftheil, also bey zweyen jedes für die Hälfte Schuldner werden, auch da, wo die GesellschaftsTheile ungleich sind, wann nicht bey Eingehung jenes Vertrags ausdrücklich erklärt worden, welches das AntheilsVerhältniß unter den Gesellschaftern sey, und daß der Gesellschafter seine AntheilsVerbindlichkeit darauf beschränken wolle.

320.

VerkürzungsKlage gegen den Kauf.

Wenn die französische Rechtskunde nach Dabelow II. §. 1192. die Verkürzungsklage in dem Fall wegfallen liesse, „wo der Verkäufer wissentlich die Sache um einen zu gerin„gen Preis verkauft, oder im eigentlichen Sinn verschleu„dert hat, um nur Geld zu erhalten," so wäre dieses nicht zu billigen, sondern für einen traurigen Beweis aufzunehmen, wie schwer es dem Gesezgeber halte, die Meisterschaft der Rechtsdiener über das Gesez zu verbannen. Der Buchstaben des Gesezes will, daß die VerkürzuhgsKlage „statt „finde, selbst wenn der Verkäufer bey dem Verkauf auf diese „Befugniß verzichtet, ja gar erklärt hätte, daß er den Mehr„werth der Sache schenke." Soll hiernach alles Mitwissen und Bewilligen einer Verkürzung nichts an der Anstellung dieser Klage hindern, so kann nicht ohne Anstoß gegen diese Worte eine wissentliche Verkürzung von dem Recht zur Klage ausgenommen werden, sondern es liegt eine gesezlich gebietende Vermuthung der Gefährde

(praesumtio juris et de jure) in dem Fall, sobald die Verkürzung in den gesezlich erforderten Eigenschaften da steht. Anders durfte es auch nach dem Geist des Gesezes nicht seyn, denn dessen Hauptzweck war der, zu verhindern, daß nicht ein Käufer sich die Geldnoth des Verkäufers zu nuz machen könne, um ihm die Kaufsache ganz unter allen Werth abzudrängen, ein Zweck der völlig unerreichbar wird, sobald es gestattet wäre, jene Einschränkung in das Gesez hineinzutragen.

321.

Auflösung des LeibrentenVertrags.

Die Nichtigkeit der Behauptung, daß, wann wegen nicht geleisteter vertragsmässigen Sicherheit ein Leibrentenvertrag wieder aufgehoben wird, die empfangenen Zieler gegen Empfang des SchadensErsazes zurückzugeben seyen, Erl. III. S. 693. hat darum in Anspruch genommen werden wollen, weil a.) der Vertrag nicht wegen in ihm selbst liegender Fehler, sondern wegen von aussen hinzukommenden Umständen aufgehoben werde; b.) weil derjenige, der sich eine Leibrente erwarb, nichts dafür kann, daß der Andere die versprochene Sicherheit nicht leistet, Dabelow II. §. 1244. Allein beede Einwürfe treffen nicht ans Ziel. Der Grund jener Behauptung liegt in dem alle Verträge allgemein umfassenden Sz. 1184. wornach in doppelseitigen Verträgen, da, wo ein Theil seinem Versprechen nicht Genüge leistet, es für stillschweigende Bedingung gilt, daß der Vertrag aufgelöset sey, und auf den Sz. 1183., welcher sagt,

Digitized by Google

daß eine wegen nicht erfüllter Bedingungen geschehene Auflösung alles in den Stand zurückseze, als wäre der Vertrag nicht vorhanden gewesen. Diese Säze fassen nach Geist und Wort unseren Fall unverkennbar unter sich. Mag nun immer zu a.) der Umstand, daß das Versprechen nicht erfüllt sey, nur zufällig von aussen hinzukommen, das ist bey jeder NichtErfüllung eines Versprechens der Fall; wäre diese Rücksicht dem Gesezgeber wichtig gewesen, so hätte er jene Regeln gar nicht aussprechen dürfen: mag auch b.) der Theil, welcher hier zurückgeben soll an der Nichterfüllung unschuldig seyn; an dem Zurückgehen des Vertrags ist er doch nicht ganz unschuldig, denn es stund ja bey ihm, auf die Erfüllung des Vertrags zu klagen; daß er jene Klage auf die Auflösung vorzog, ist seine That, wovon er die Folgen mit Recht trägt, er wußte ja, daß das Gesez in diesem Fall alles wieder in den alten Stand gesezt wissen will.

322.

Wirkung der Rückgabe des Nuzpfands.

„Der Gläubiger — sagt Dabelow II. §. 1260., welcher „auf den mit vielen Schwierigkeiten etwa für ihn verbunde„nen Genuß des Grundstücks Verzicht thut, entsagt darum „noch keineswegs auf das Pfandrecht selbst, welches ihm „an den Früchten zukommt, gibt auch nicht den Besiz auf, „der mit dem Unterpfand verbunden ist: es wird bloß auf „die eigene Erhebung der Früchte Verzicht geleistet, mit „Vorbehalt aller übrigen Rechte, welche die Verpfändung

Digitized by Google

„gewährt und gewähren konnte.“ Dieses stimmt gar nicht mit jenem Geiste, in welchem der Code Napoleon als Landrecht für Baden bearbeitet und angenommen wurde, man hüte sich also jener Behauptung beyzutreten. Wir haben keinen Besiz bey dem Einsazpfand (nantissement), sondern nur eine Innhabung, Erl. IV. Sz. 84., und wir brauchten nicht im Gesez einen Besiz zu finden, denn der zum Beweis eines Besizes von jenem Rechtslehrer angezogene Sz. 2071. fordert nur Einhändigung (remettre) welches Wort an jeder Zustellung zur Innhabung Genüge nimmt. Wir haben ferner bey dem Nuzpfand kein Pfandrecht an den Früchten als körperlichen Sachen, sondern das Pfandrecht haftet uns auf der Nuzung, d. i. auf dem Recht, die Früchte zu pflegen, zu sammlen und zu geniessen, als auf einer unkörperlichen Sache (servitus utendi in compensationem crediti) Erl. IV. S. 106., wer davon nicht selbst Gebrauch machen will, hat Nichts, Sz. 631., wie die Nuzung dem Eigenthümer zurückgegeben wird, erlöscht sie, mithin auch das darauf haftende Pfandrecht. Wer demnach der im Sz. 2087. erhaltenen Befugniß sich bedient, das Nuzpfand dem Schuldner heimzuschlagen, der hat damit seine ganze Sicherheit aufgegeben. Am Grund und Boden hatte er nie ein Recht zu seiner Sicherheit, Sz. 2091., und an den Früchten, sobald er sie aus der Hand läßt, hat er auch keins, weil sie Fahrniß sind, welche das Pfandrecht nicht weiter ergreift, als man sie in der Hand oder darauf ein (hier ermangelndes) gesezliches Vorzugsrecht hat.

Digitized by Google

323.

Gegenstand der richterlichen Pfandrechte.

Meine Erl. IV. S. 184. und 187. oder Bemerk. 59. und 63b. haben durch Verwechslung der Lehre vom richterlichen und bedungenen Pfand den irrigen Saz hingestellt, als ob bey jenem wie bey diesem nöthig wäre, daß das Urtheil oder die AnerkennungsUrkunde neben der Schuld auch zugleich die Güter, auf welche sie Bezug habe, und auf welche das Pfandrecht entstehen solle, benennen müsse; Eine Ansicht, welche daraus entstand, weil die Anlage des Napoleonischen Rechts durchaus auf die Besonderheit (Specialität) der Unterpfänder gegründet ist, die aber daraus nicht nothwendig folgt, und die, wenn sie richtig wäre, alle richterliche Unterpfänder vereitlen würde, weil schwerlich jemals der Fall vorkommt, daß eine weder mit gesezlichem noch bedungenem Unterpfand versehene Forderung dennoch auf eine besondere Liegenschaft Bezug habe. Die wahre Ansicht ist folgende: das Urtheil oder die Anerkennung gibt der Forderung noch nicht das Pfandrecht unbedingt, sondern nur das Recht, die PfandUrkunde auch ohne Einwilligung des Schuldners auf alle freye Güter desselben eintragen zu lassen, mithin bedingt auf den Fall einer geschehenen Eintragung, deßwegen heißt es im Gesez: es kann auf gegenwärtige und künftige Liegenschaften geltend gemacht werden, Sz. 2123. Abs. 2. vergl. mit 2148. Abs. 5. Vor der Erfüllung dieser Bedingung hat das Pfandrecht noch keinen Gegenstand, und hat deswegen noch keine andere Wirksamkeit als die jedem bedingten Recht während

schwebender Bedingung zukommt, Sz. 1180: erst wenn durch die geschehene Eintragung das Pfandrecht unbedingt und wirksam geworden ist, erlangt es zugleich seinen Gegenstand in jenen Gütern, auf welche die Eintragung geschah, auf diesen und sonst auf keinen haftet es; wo sie unterblieb, da bleibt es, was jedes bedingte Recht nach fehlgeschlagener Bedingung ist, d. h. Nichts. Ein solches kann daher die den uneingetragenen Unterpfändern, die ihren besonderen Pfandgegenstand haben, in der vierten Ordnung nach dem Landrecht noch zukommende Stelle niemals ansprechen, weil es nie zur gesezmässigen Vollendung kam.

324.

Richterliche Pfandrechte aus Bezirksschreibereyurkunden.

Der Sz. 2123. des Code Napoleon, welcher die richterliche Pfandrechte bestimmt, wurde mit einigen Zusäzen, die dessen Anwendbarkeit beschränkten, Erl. IV. S. 178—184., für das Badische Landrecht angenommen, bald darauf bis auf weiteres einstweilen noch ausser Wirksamkeit gesezt, Erl. IV. S. 582., hierauf aber kürzlich endgültig angenommen und eingeführt, Bad. Reg. Blatt v. J. 1811. Nro. XIII. Die Beschaffenheit derselben ist da, wo sie aus Urtheilen oder aus gerichtlich geschehenen Anerkennungen entsprungen ist, im Saz deutlich auseinandergesezt. Jene hingegen, die aus Urkunden der Staatsschreiber über Anerkennungen der Schuldforderungen entspringen, leidet darum einen Anstand, weil diese nur rück-

Digitized by Google

beziehungsweise auf die gerichtliche erwähnt ist. Es heißt nämlich: „die vor Gericht erfolgte Anerkennung — bewirkt ein solches Unterpfandsrecht nur, gleich der öffentlichen (dieses ist die vor Staatsschreibern, und zwar im Badischen nur die vor Bezirksstaatsschreibern, die den Namen der Amtsrevisoren führen, gefertigte), „wenn die damit „bezeugte Schuld verfallen, eingeklagt und ohne Gegenrede „eingestanden, mithin Urthels nicht weiter bedürftig ist. Aus dieser Verähnlichung der öffentlichen mit der gerichtlichen Anerkennung ist klar, daß jene wie diese eine verfallene, ohne Einwendung nachgegebene, oder wie man sonst zu sagen pflegte, völlig richtig gestellte, mithin nur eines Zugriffs zum Vollzug, Sz. 2213. keines vorgängigen richterlichen Urthels weiter bedürfende Urkunde seyn müsse. Hingegen bey der gerichtlichen Anerkennung ist weiter auch zur Statthaftigkeit des Pfandrechts noch erfordert, daß sie eingeklagt seyn müsse. Wie ist dieses auf die öffentliche aussergerichtliche anzuwenden; wollte man das Wort: einklagen, auch hier im strengen Sinn, für eine gerichtliche Einforderung nehmen, so würde die öffentliche Anerkennung durchaus von der gerichtlichen Anerkennung verschlungen, denn zu welchem Zweck sollte jemand, der schon gerichtlich belangt wäre, die Anerkennung, die er in der Antwort, welche er dem Richter schuldig ist, kurz und kostenfrey bewirken kann, mit Aufwendung unnüzer Zeit Mühe und Kosten erst vor einem Staatsschreiber vollziehen. Gerade die Erinnerung, daß die Erfordernisse der öffentlichen Anerkennung nur vergleichungsweise zur gerichtlichen bestimmt sind, muß uns hier lehren, daß auch dieses Erforderniß nur so anzuwenden

sey, wie es die Aehnlichkeitsgeseze erlauben, und daß die Vergleichung nach der allgemeinen Vernunftlehre nicht über ihren Vergleichungspunkt auszudehnen, und der Geist des Gesezes in der Anwendung nicht aus dem Auge zu verlieren sey. Dieser leztere will, es soll die Schuld nicht nur verfallen, sondern auch der Schuldner in Verzug gesezt seyn, ehe ein richterliches Pfandrecht statt finde. So wie nun der gerichtliche Verzug aus der gerichtlichen Einklagung entsteht, vergl. Sz. 1154. so entsteht der öffentliche Verzug aus der öffentlichen Einklagung, d. h. aus der nach Sz. 1139. vollzogenen öffentlich beurkundeten Aufforderung, und diese ist es also, welche einer öffentlichen Anerkennung vorausgegangen seyn muß, wenn diese ein Pfandrecht wirken soll, der Grund ist hier wie dort, der, weil das Pfandrecht nur als eine Belohnung der dem Schuldner gegönnten längeren Zahlungsfrist betrachtet wird, Erl. IV. S. 183.

325.

Dauer der Eintragungsfreyheit der bevorrechteten Unterpfänder.

Die gesezlichen Unterpfänder der Weiber und Waisen haben das Vorrecht auch ohne Eintragung zu wirken. Es gibt französische Rechtslehrer, welche diese Wirksamkeit mit der Auflösung der ehelichen und vogteylichen Verhältnisse wollen aufhören lassen, indem sie annehmen, die frey gewordene Ehefrau oder die volljährig gewordenen Waisen müßten nun selbst für Eintragung ihrer Unterpfänder — wenn es bis

dahin

Digitized by Google

dahin unterblieben sey — sorgen, Dabelow II. §. 1275. Diese Meynung ist mit dem Geist und Zusammenhang des Gesezes unvereinbarlich. Das Vorrecht ist ja gerade darum gegeben, um für diese Fälle sicher zu seyn, wo Weiber und Waisen erst in die Lage kommen, zu finden, ob sie in Schaden gesezt sind, und ihr Recht auf Entschädigung zu verfolgen, wie möchte es sich damit reimen lassen, daß nun dieses NichtEintragungsBedürfniß aufhören, mithin gerade nur da wirken soll, wo man dessen Wirksamkeit noch am wenigsten bedarf? Wie sollte auch jezt der Rechts-Nachtheil der nicht nachgeholten Eintragung gegen sie wirken? sollte er bewirken, daß alle früher eingetragene Unterpfänder gegen sie vorgehen, so würde damit jenes ganze Gesez vernichtet, das ihren gesezlichen Unterpfandsrechten Unabhängigkeit von aller Eintragung zuspricht, Sz. 2135. Wollte man sagen, nur alle nach Aenderung jener Verhältnisse eingetragene Unterpfänder seyen solche, gegen welche jene NichtEintragung schade, und die somit sich eines Vorrangs gegen sie anmaßen könnten, so würde diese Behauptung zu einer Ungereimtheit führen, denn sollten sie z. B. der Frau nach dem Tag der Eintragung vorgehen, und die Frau dennoch ohne Eintragung allen während der Ehe eingetragenen ehemännlichen Gläubigern vorgezogen werden, so müßten auch diese nach der aufgelösten Ehe eingetragene männliche Gläubiger allen denen während der Ehe eingetragenen Gläubigern vorgehen, nach dem natürlichen Rechts-Saz: Vincens vincentem te, vincit te, und damit würde der Saz 2134. umgestossen, der unter eingetragenen Gläubigern keinen andern Vorrang anerkennt, als denjenigen, der mit der früheren Eintragung verbunden ist. Wann nun

aber das Unterpfand noch wirksam ist, wie lange ist dieses anzunehmen? Da eingetragene Unterpfänder ohne Erneuerung nicht über zehen Jahre dauern sollen, damit die Nachschlagung älterer Bücher dem Pfandschreiber nie nothwendig sey, so muß man annehmen, daß von dem Augenblick der Auflösung jener Verhältnisse an, die Wirkung des uneingetragenen Unterpfands nicht länger dauern könne, indem ja sonst die Eintragung — welche das Gesez auch bey den bevorrechteten Unterpfändern zu befördern sich angelegen seyn läßt Sz. 2136. — 2139., weniger wirken würde, als eine in diesem Zeitpunkt unterlassene Eintragung, mithin die UnterpfandsKraft schwächte. Länger können sie also aus diesem Grund nicht dauern; kürzer könnten sie seinethalben wohl dauern, da aber kein Gesez vorhanden ist, das eine kürzere Dauer ausspricht, so hat auch der Richter kein Recht dazu. Bey dem Waisengut stimmt jener Zeitlauf der Dauer auch genau zusammen mit der Frist der Ersaz-Klage gegen den Vormund, welche durch dieses Unterpfand gedekt wird, Sz. 475.

326.

Natur des Uebergangs aus früheren Ehegemeinschaften in die FahrnißGemeinschaft.

Das erste EinführungsEdikt zum Badischen Landrecht, Art. XII. §. 2. und 3. verordnet, daß alle Ehen, welche vor dem 1. Jänner 1812. nicht durch Eheverträge ihre Vermögensverhältnisse festgesezt haben, bey der Auflösung nach

den neu eingeführten Regeln des Landrechts, mithin so beurtheilt und auseinandergesezt werden, wie es bey jenen geschehen muß, welche nach dem 1. Jänner 1810. ohne Vertrag in die Ehe treten. Diesem hat wollen der Sinn untergelegt werden, solche Ehen müßten einst bey ihrer künftigen Auflösung so behandelt werden, wie es geschehen müßte, wenn sie gleich Anfangs z. B. vor zehen und zwanzig Jahren auf Fahrnißgemeinschaft eingegangen worden wären. Allein dieses ist eine gegen die Absicht des Gesezgebers anstossende Auslegung, anstatt daß die gedachte Fahrnißgemeinschaft als vom 1. Jan. 1812. anfangend zu behandeln ist.

Um vordersamst die Betheiligung richtig kennen zu lernen, die der eine oder andere Theil der Ehegatten bey der verschiedenen Beantwortung der Frage hat, ist voraus so viel zu bemerken: War a.) die Ehe vorhin eine, zwar nicht ausdrücklich bewidmete Ehe (denn diese beruht auf Eheverträgen, und bleibt also nach wie vor 1812. in ihrem unveränderten Stand) aber doch eine auf Nichtgemeinschaft eingegangene, so war jede Liegenschaft, die vor 1812. erworben wurde, demjenigen Ehetheil eigen, der sie für sich erworben hat; sie geht also mit dem 1. Jänner 1812. als sein Eigenthum in die neue Fahrnißgemeinschaft über, das er seiner Zeit bey der Auflösung nach Sz. 1470. wieder voraus wegzieht, anstatt daß an derjenigen Liegenschaft die nachher erworben wird, nur die Gemeinschaft das Eigenthum erlangt, mithin derjenige, wer einst derselben zu einer Zeit, wo das Grundstück noch vorhanden ist, theilhaftig wird, wodurch alsdann jene früher erworbene auch dahin fallen würde, sobald man die Fahrnißgemeinschaft rückwärts vom Eingang der Ehe wirken lassen würde. War b.) die Ehe eine allgemeine Güterge-

meinschaft, so bestimmt die Rechtsbelehrung im Regierungs-Blatt, J. 1810. St. XXVI. sowohl die beederseitige vergangene als künftige Betheiligung, welche hier zu wiederhohlen eben deswegen unnöthig wird. Bestand hingegen c.) die Ehe vorhin in einer besonderen (particularis) Gemeinschaft, so war solches entweder α.) eine Gesellschafts-Verfassung, von deren der Mann das Haupt ist [societas acquaestus] (wie sie es nach dem Code Napoleon ist, und vorhin schon in Deutschland in manchen Landen und namentlich auch in manchen Gegenden des Großherzogthums war) oder β.) sie war eine wahre Gemeinschafts-Verfassung, [communio acquaestus stricte sic dicta] (wie es im Badenbadischen und Badendurlachischen war). Im ersten Fall zu α. (deren Kennzeichen dieses ist, daß die Frau nicht kraft Gesezes Theilhaberin der Errungenschaft ist, sondern sich bey der Auflösung deren theilhaftig erklären oder entschlagen kann) stellt die Gemeinschafts-Masse ein Vermögen vor, dessen Eigenthum noch in schwebender Lage ist, und das einstweilen von dem Mann nach freyem Belieben verwaltet, vermehrt und vermindert wird, und hier sind folglich jene Liegenschaften, die als errungen in die Gemeinschaft fallen, noch keinem von beeden Theilen eigen, sondern gehören vorerst noch der gemeinen Gesellschafts-Masse der Ehe zu, gehen mit ihr in die neue landrechtliche Gemeinschaft über, bleiben auch da wieder ergänzende Theile der Fahrnißgemeinschaft und fallen durch die Veränderung der gesezlichen Gemeinschafts-Art in keine geänderte Rechtsverhältnisse. Im zweyten Fall zu β.) hingegen ist jeder Ehetheil zu seinem Gemeinschafts-Antheil schon Mit-Eigenthümer jeder einzelnen erworbenen Liegenschaf-

ten — z. B. im Fall der Badischen Ehegemeinschaft würde es für ⅔ der Mann, für ⅓ der Frau eigen seyn, (weswegen eben die Badische Gesezgebung ein Grundstück das in der ersten Ehe erkauft, aber in der zweyten erst gewährt, mithin nach altem Recht erst hier zu Eigenthum erworben ward, für Eigenthum der zweyten Ehe erklärte, RealAuszug der Badischen Gesezgebung, Th. I. S. 224. §. 9.) Eine solche Liegenschaft findet also der 1. Jänner 1812. als ein nach Verhältniß (z. B. zu ⅔ und ⅓) gemeinschaftliches Eigenthum beeder Ehegatten vor, und überträgt sie also als solches in die neue Fahrnißgemeinschaft, aus welcher sie daher bey der Auflösung jeder Theil wieder als solches, nach Sz. 1470. voraus wegzieht.

Gegen die obengedachte ErledigungsArt — welche im lezten Fall ErrungenschaftsLiegenschaften die vor 1812. erworben wurden, beeden Ehegatten als Voraus zuscheidet, im ersten Fall aber sie in die gemeine der Frau zur Wahl einer Theilnahme offen stehende Masse fallen läßt, wendet man ein,

a.) das erste EinführungsEdikt, Art. XII. §. 2. führe bey den Ehen eine Rückwirkung ein, welche auch dabey nach Sz. 2. aetb ganz richtig statt finde, dieser müsse man daher auch hier statt geben.

b.) Ebendasselbe §. 3. verspreche nur jenen Ehen, für welche durch Heyrathsverträge die Vermögensverhältnisse festgesezt sind, Schuz, gegen die landrechtliche Ehegemeinschaft, also müsse umgekehrt allen jenen Ehen, welche ohne Vertrag, mithin stillschweigend auf das Gesez eingegangen worden, dieser Schuz nicht zu gut kommen; auch

c.) werde in Eingangsgedachter Stelle ausdrücklich

gesagt, sie sollen jenen, die erst nach der Herrschaft des neuen Landrechts eingegangen sind, gleich gehalten werden, weshalb sie so angesehen werden müßten, als ob sie von Anfang an, z. B. vor 20 oder 30 Jahren schon, auf die jezt vorgeschriebene gesezliche Fahrnißgemeinschaft eingegangen worden wären, endlich

d.) glaubt man, der Geist des EinführungsEdikts fordere diese Entscheidung, weil er bezwecke, die fortdaurende Rücksicht auf veraltete Gesezе und Gewohnheiten aufzuheben, diese aber durch eine solche Theilung des ehelichen VermögensStandes in einen vorlandrechtlichen und nachlandrechtlichen Zustand vielmehr verewigt werde. Allein

zu a.) das I. EinführungsEdikt sagt, richtig im Zusammenhang erwogen, blos: Ehen die vor 1810. eingegangen worden, bleiben noch bis 1812. unter der Herrschaft des alten Rechts, von da an treten sie in das Rechtsgebiet des neuen ein, so weit sie ihm inzwischen nicht durch Ehe-Verträge entzogen worden sind. Welche einzelne Rechtsfolgen dadurch unter dieses neue Recht gezogen werden, darüber ordnet das Edikt nichts, läßt es mithin bey demjenigen, was das Landrecht selbst darüber verfügt. Dieses sagt im Sz. 2. aetb: jene Folgen, deren sie erzeugender Fall schon vor der Herrschaftszeit des neuen Landrechts vollkommen eingetreten ist, können niemals unter die Verfügungen des neuen Rechts gezogen werden, jene hingegen, wozu der begründende Fall erst unter dem neuen Landrecht sich zuträgt, wenn gleich der begründende RechtsTitel schon unter der Herrschaft des alten Rechts zu Kräften erwachsen war, richten sich nach dem neuen Landrecht, Erl. I. S. 28. Nun ist der Erwerb einer Sache unstrittig der Fall,

Digitized by Google

welcher das Eigenthum zur Folge gibt. Die Eheschliessung ist nur der RechtsTitel, der diesen Erwerb begründet; geschah also jener vollständig unter der Zeit des alten Rechts, so ist auch das Eigenthum demjenigen Theil unabänderlich zugewachsen, dem es das alte Recht zuwies, und es würde um deswillen eine dem Landrecht schnurstraks zuwiderlaufende, folglich dem EinführungsEdikt nicht in den Mund zu legende Deutung seyn, wenn man die Fahrnißgemeinschaft bis zu dem wirklichen Anfang einer früheren Ehe durch eine, ohnehin ohne ausdrückliche Gesezverfügung nicht stattfindende Rechtsdichtung zurückziehen, und dadurch Liegenschaften, die vor 1812. einem oder dem andern Theil gesondert eigen waren, in die gemeinschaftliche eheliche Errungenschaft hinüber weisen wollte.

Zu b.) Zeigt der oben ausgezogene GesezInhalt, es werde Schuz gegen die landrechtliche Fahrnißgemeinschaft jenen Ehen, deren Verhältnisse durch Verträge vollständig bestimmt sind, nur für die Zukunft zugesagt, wie sie dann auch deren für das Vergangene nicht bedurften, weil da, wo das Gesez noch keine Herrschaft hatte, die Eheleute auch nicht im Fall waren, durch solches gefährdet werden zu können, oder wider eine solche Gefährde Schuz zu bedürfen. Der Schluß auf das Umgekehrte (argumentum a contrario), der nach den Regeln der Vernunftlehre in den Schranken der Hauptschlußfolge bleiben muß, um richtig zu seyn, darf daher auch nicht mehr sagen, als das: jene Ehen, welche sich durch Vertrag nicht vorgesehen haben, können keinen Schuz des Gesezes gegen die landrechtliche Fahrnißgemeinschaft für die Zukunft anrufen. Daraus folgt dann aber keineswegs, daß sie umgekehrt auch für das

Vergangene unter die Herrschaft eines späteren Gesezes fallen, welches vielmehr, wie gesagt, anderen klaren Stellen zuwider laufen würde. Der Unterschied zwischen verdingten und unverdingten Ehen ist allein der: jene stehen für die Zukunft wie für die Vergangenheit unter der Herrschaft ihres Vertrags, und bleiben daher in ihrer inneren Verfassung unverändert, diese hingegen fallen für die Zukunft unter das neue Gesez und sind nur für die verflossene Zeit davon frey, ändern also ihre innere Verfassung für die Folgezeit.

Zu c.) Auch hat das Gesez selbst sehr vorsichtig sich ausgedrückt, um allem Mißverstand vorzubeugen. Es hat nämlich nicht gesagt: die frühern, durch Vertrag nicht gedeckten Ehen sollen so behandelt werden, als ob sie nach den 1. Jänner 1812. eingegangen wären, wo alsdann freylich dieselbe so würden auseinandergesezt werden müssen, als wären sie gleich von Anfang an — gehe dieses nun noch so weit zurück — auf Fahrnißgemeinschaft geschlossen, wo alsdann aber auch diese Verfügung im unauflösbaren Widerspruch mit Sz. 2. a et b. stehen würde. Vielmehr sagt dasselbe, sie sollen so beurtheilt werden, wie es bey jenen geschehen muß, welche nach dem 1. Jänner 1812. geschlossen worden. Diesem zu folge fordert es Gleichheit der Grundsäze in der Beurtheilung, nicht Gleichheit des Falls in den Folgen seiner Anwendung, das heißt, man muß hier wie dort untersuchen, was ist als Liegenschaft in die Fahrnißgemeinschaft (die mit dem Jänner 1812. durch das neue Landrecht eingeführt wird) bey ihrem Entstehen übergegangen, und was als Fahrniß: jenes bleibt ein Voraus des einbringenden Theils, dieses wird

halbtheilig. Aber man muß keineswegs in diesen früheren Ehen alles was von Anfang an erworben wurde deswegen für verfallen in die Gemeinschaft erklären, wie es hier geschehen muß, wo die Fahrnißgemeinschaft gleich mit der Ehe anfieng.

Zu d.) Der Geist des Gesezes sezt sich nur dem Immerfortwirken (so lautet sein Ausdruck) der alten Rechte und Gewohnheiten entgegen, will aber hier so wenig als irgendwo anders, die Rechtsverhältnisse, welche vor der Herrschaft des neuen Rechts schon völlig zu Stand gekommen sind, nun ihrer eigenthümlichen Natur berauben und in ihren dem neuen Recht vorausgegangenen Folgen umgestalten. Es will den größten sonst unvermeidlichen Verirrungen vorbeugen, keineswegs ganz leichte und klare Verhältnisse ohne Noth und Nuzen umdrehen. Nun ist aber zwar bey der Fahrniß schwer nach langer Zeit zu erkundigen, wem jedes Stück ehemals eigen war, und deswegen wählte das Gesez die Fahrnißgemeinschaft, die für alles Verflossene diese Untersuchung abschneidet, indem sie das, was spät in sie eingebracht wird, so gut als was gleich Anfangs ihr zufiel, gemein macht. Aber es ist nichts leichter, als aus den Grund- und Erbbüchern, oder aus denen ihre Stelle vertretenden Revisorats- und Ortsgerichts-Protokollen zu erkundigen, wann und von wem jede Liegenschaft erworben wurde, und das Gesez, daß dieses wegen aller Anfangs der Ehe eingebrachten oder nachher vor oder nach 1812. ererbten Liegenschaften zuläßt und fordert, konnte unmöglich einen Grund haben, es wegen derer, die während einer solchen früheren Ehe, die nun in eine andere Gemeinschafts-Form übergeht erworben würden, auszuschliessen, und die allgemeine Natur der Fahr-

Digitized by Google

nißgemeinschaft zu ändern, die jeder spät oder früh in sie als früheres einseitiges Eigenthum einkommenden Liegenschaft ihre alte Form läßt. Es war mithin durch den Geist des Gesezes nirgends ausgesprochen, daß diese ihre vorige Natur verlieren und ohne Unterschied so beurtheilt werden müßten, als ob sie nach 1812. unter der Herrschaft des neuen Rechts erst erworben worden wären. Einem solchen Geistesspruch widersezt sich vielmehr der dürre Buchstabe derjenigen Rechtsbelehrung, welche aus Anlaß des Uebergangs altgesezlicher allgemeiner Gütergemeinschaften in die neugesezliche Fahrnißgemeinschaft im Reg. Blatt des J. 1810. St. XXVI. ergangen ist.

Zwar hat allem obigen der Sz. 1399. entgegen gehalten werden wollen, welcher will, es dürfe kein anderes Anfangsziel der ehelichen Gemeinschaft bedungen werden als jener Tag, wo die Ehe gesezmäßig geschlossen wurde. Man schließt nämlich daraus: das I. EinführungsEdikt hat Ausnahmsweise für die vor der eingetretenen Herrschaft des Landrechts geschlossene Ehen erlaubt, binnen einer gewissen Zeit neue Eheverträge zu schliessen, welches sonst während der Ehe nach Sz. 1385. nicht mehr erlaubt ist, und es hat zu diesem Behuf diesem so eben benannten Saz für den genannten Fall seine Kraft benommen; gleiche Entkräftung hat es aber über den Sz. 1399. nicht ausgesprochen; folglich muß das Anfangsziel der neuverabredeten Gemeinschaft immer wieder auf den Tag der Eheschliessung zurückgeführt werden. Allein a.) der Code Napoleon, Sz. 1399., hat nur jenen Fall vor Augen, wo gleich Eingangs der Ehe über die Gemeinschaft verfügt wird, und will verbieten, im Voraus kein späteres Anfangsziel

Digitized by Google

zu bedingen, und so bestimmt er nur, was in Ansehung ihres zusammenwerfenden Eigenthums Eheleute für die Zukunft nicht verfügen dürfen; es dient folglich nicht zu Bestimmung des ihm gar nicht vor dem Blick gelegenen, vielmehr in seinem Gesichtspunkt wegen Sz. 1394. ganz ungedenkbaren Fall einer Eheberedung während der Ehe, vergl. Sz. 1163., zumal da er in dieser Beziehung bestimmen würde, was an der Verfügung der Eheleute über ihr zusammenwerfendes Eigenthum für das Verflossene unwirksam wäre, durch welche AnwendungsArt er offenbar ein ganz anderes Rechtsgebiet erhalten würde, als dasjenige war, welches die Absicht des Gesezes ihm anwies, das doch nimmermehr angeht, Sz. 1146. vergl. mit 1100. db. und hier am wenigsten, wo damit das Gebiet in eine Gegend verlegt würde, wo es nach Sz. 2., der alle Rückwirkung verbietet, niemals statt findet. Ohnehin b.) hat der Saz im Code Napoleon keine Rechtsdichtung bezweckt noch zur Folge, würde aber in jener Anwendung auf das Vergangene eine solche bewirken, wozu ohne ausdrückliche Ermächtigung kein Richter die Gewalt hat. Es genügte also, daß das I. EinführungsEdikt diese Macht nicht gab, und hatte es nicht nöthig, eine Herrschaft des Sz. 1399. aufzuheben für einen Fall, für welchen sie vernünftiger Weise ohnedieß niemals statt fand.

Digitized by Google

327.

Dauer der elterlichen Nuznießung.

Es haben A.) sich Personen gefunden, welche aus den Säzen des LandRechts 1094. und 1389. die Folge zogen, jene elterliche lezte Willensverordnung sey ungültig, oder doch unwirksam, welche im Fall des Daseyns eigner Kinder dem Ueberlebenden die elterliche Nuznießung am ganzen Vermögen auf Lebenszeit, oder doch auf längere Zeit, als sie nach dem Gesez dauert, zuwendet. Umgekehrt haben B.) aus der Rechtsbelehrung im Regierungsblatt, St. XXXIII. des J. 1811., worinn es gelegentlich einer andern Erörterung heißt: „Ehegatten, die eine längere Dauer oder „andere Art der künftigen elterlichen Nuznießung sich „geben wollten, als das neue Landrecht verwilligt, müßten „solches durch einen deutlich redenden Vertrag thun", Andern die Folge ziehen wollen, es sey nicht nur erlaubt, sondern auch durchgehends wirksam, wenn Ehegatten sich die Nuznießung am ganzen Vermögen auf Lebenslang zuwenden. Beede Ansichten sind nicht ganz richtig.

Zu A.) Vermöge der oben angeführten Säze können die Kinder nicht gezwungen werden, auf mehr als die Hälfte der Verlassenschaft die Nuznießung zu Stand kommen zu lassen. Aber vermög der Säze 920. und 925. sind die Verordnungen, welche zum Nachtheil der Kinder deren Pflichttheil verkürzen, keineswegs ungültig, sondern nur der Minderung unterworfen, und in dem was diese wegnimmt, kraftlos, welches auch dem allgemeinen Grundsaz im Sz. 6 m. gemäß ist. Wegen der Schwierigkeit,

Digitized by Google

wie diese Minderung auf eine Nutznießung anzuwenden wäre, hat aber das Gesez für diesen Fall eine besondere Verfügung getroffen, wornach der PflichtErbe das nach Sz. 899. an sich gültige Vermächtniß der Nutznießung erfüllen, oder statt dessen sich mit dem Pflichttheil begnügen soll.

Zu B.) Ist jene Meynung ein Beweis, wie wenig die zweckmässigsten Rechtsbelehrungen nuzen, sobald nicht der, welcher sie anwendet, genau die AuslegungsRegeln festhält. Vorerst a.) kann eine Rechtsbelehrung, auch wenn sie von der obersten Stelle kommt, eben darum, weil sie sich nicht als Gesez ausspricht, nie die Absicht noch die Wirkung haben, ein früheres klares Gesez, dessen sie noch dazu nicht einmal erwähnt, aufzuheben, und jede Anwendung, die dahin führt, bezeichnet sich damit selbst als irrig. Hiernächst b.) ist es wesentliche Auslegungsregel, daß etwas was in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß gesagt wird, nicht angewendet werden darf, um das, was über andere dabey nicht in Frage gestandene Rechtsverhältnisse anderwärts her entschieden ist, zu entkräften; weil es unmöglich ist, daß der Verfasser eines Gesezes, oder einer Rechtsbelehrung bey einem bestimmten Fall auch alle weitere gedenkbare, noch den nämlichen Stoffberührende Fälle zugleich mit in das Auge fasse, und seine Erklärung, so gebe, daß sie alle mit einemmahl dadurch entschieden seyen. In jener Rechtsbelehrung lag die Frage vor, ob der elterlichen Nutznießung eine längere Dauer und ein größerer Umfang durch Vertrag gegeben werden könne, als der gesezliche ist. Diese wurde, und zwar wegen Sz. 899. und 1094. mit Recht mit Ja! beantwortet; die Frage: wie weit der Umfang gehe,

welche Verlängerung statt finden dürfe, lagen nicht zur Beantwortung vor, sie blieben also der anderwärts herzuholenden Entscheidung offen, und diese muß wegen des Umfangs nach Sz. 917., wie oben unter A.) gesagt worden, erfolgen, so wie die Frage wegen der Dauer nach dem I. Einf. Ed. Art. VIII. §. 3.—4. dahin geschehen müßte, daß auch im Pflichttheil selbst die Dauer vom 18. bis zum 21. Jahr einschließlich erstreckt werden könne, aber nicht länger.

328.

Kindlicher Pflichttheil bey elterlichen Nuznieſſungs-Vermächtniſſen.

Die einfache Beantwortung der vorigen Frage führte auf eine weit verwickeltere: nämlich wie ist der kindliche Pflichttheil welcher nuznießungsfrey werden kann und soll, in einem Fall zu berechnen, wo ein Kind die dem überlebenden Elterntheil auf das ganze Vermögen vermachte Nuznießung nicht erfüllen, sondern statt dessen seinen Pflichttheil allein an sich ziehen will? Wie anderwärts auch! hörte ich Mehrere antworten, es muß nach Sz. 913. da wo ein Kind vorhanden ist, die Hälfte, wo ihrer zwey sind, zwey Drittel der Verlassenschaft, und wo drey oder mehr da sind, drey Viertel derselben nuznießungsfrey weggenommen, das übrige hälftige, dritte, oder vierte Theil empfängt der Ueberlebende mit Eigenthum und Genuß. Andere, welche den Sz. 1094. nicht aus dem Auge verloren, sagten Nein! die Kinder ziehen in jedem Fall die Hälfte

nuznießungsfrey weg, über die andere Hälfte müssen sie den Eltern die Nuznießung gönnen, wenn gleich dadurch zum Theil der Pflichttheil noch mit bestrikt ist. Aber über die Art, wie dieses zu vollziehen sey, theilten sich wieder die Ansichten: Einige sprachen dem überlebenden Elterntheil schlechthin nur die Nuznießung der Hälfte zu, weil, nachdem das Verhältniß für das nicht gelte was es ausspreche, nämlich nicht auf die ganze Verlassenschaft, es nun zum Vortheil der Erben auf das Mindeste zurückgeführt werden müsse, Sz. 1100. dd. Andere meynten, es müsse ihm ein Viertheil auch zu Eigenthum werden, und er daran also nicht eine blosse Nuznießung (ususfructus formalis) sondern einen EigenthumsGenuß (ususfructus causalis) erlangen, weil so viel von dem Verstorbenen ausdrücklich ihm hätte zugewandt werden können, und ein jeder lezter Wille, so weit es gesezlich möglich ist, bey Kräften erhalten werden müsse, I. Einf. Edikt, Art. XI. §. 3.; noch Andere unterstellten, der Sz. 1094. habe den Fall vor Augen gehabt, wo der Kinder drey oder Mehrere sind, und daher der Pflichttheil am kleinsten ist, auf welchem er wörtlich sich anwenden läßt, und alsdann die Wirkung hat, daß der überlebende Ehegatte den ganzen Freytheil zu Eigenthum und Genuß, hingegen an einem Drittel des Pflichttheils (der hier in drey Viertheilen besteht) eine Nuznießung bekommt; daraus leiteten sie die Folge ab, in andern Fällen müsse er nicht wörtlich sondern rechts, ähnlich angewandt werden, so daß man bey zwey Kindern, wo der Freytheil ein Drittel ist, dem Ueberlebenden dieses Drittel zu Genuß und Eigenthum gebe, und ihm an dem Pflichttheil, das heißt an den übrigen zwey Drittheilen

zu einem Drittel, also zu $\frac{2}{3}$ vom Ganzen, noch den Nießbrauch zuscheiden, wornach sodann in einem Fall, wo nur ein Kind vorhanden ist, das überlebende Elterntheil die Hälfte zu Eigenthum und Genuß, an der übrigen Hälfte aber zu $\frac{1}{3}$, also zu $\frac{1}{6}$ des Ganzen, noch Nutznießung empfangen wurde. Endlich eine fünfte Parthey erinnnerte sich des landrechtlichen Zusazes 746a. wornach $\frac{1}{4}$ der Verlassenschaft der ehelichen Nutznießung unterliegt, und behauptete, ehe irgend eine Berechnung der elterlichen Nutznießung angestellt werden kann, müsse diese, die das Gesez gibt, und die das Ueberlebende nicht erst als Vermächtniß zu empfangen nöthig hat, vom Vermögen abgerechnet, und alsdann nur eine der vorigen Berechnungen auf die nach Abzug derselben bleibende drey Viertel, als das eigentlich aus Verfügungen des Verstorbenen zu nutznießende Ganze angewendet werden, wofür meine Erläuterungen, Th. II. S. 358. Bem. 41. angezogen werden wollten. Um aus diesem Knoten den unzerrissenen Faden herauszuwinden, müssen wir erst das reine Napoleonische Recht — und zwar nicht wie es aus älteren Gewohnheiten, vorausgegangenen Berathschlagungen, und nachgefolgten Entscheidungen sich gestalten läßt, Erl. I. S. 38. Bem. 17. S. 40. Bem. 18. — sondern wie es aus dem Code selbst als einem geschlossenen Ganzen hervorgeht, aufsuchen und dann erst sehen, was der Zusaz einer ehelichen Nutznießung daran ändert. Um jenes zu finden, dienen folgende leitende Bemerkungen:

I.) Der Sz. 913., der den Pflichttheil auf eine Hälfte, ein Drittel oder ein Viertel sezt, spricht von allen Arten

der

der Erbfälle, wo ein Pflichttheil in Frage kommt, er ist also der allgemeinste.

II. Der Sz. 917., der die Wahl zwischen den unbelasteten Pflichttheil oder der Nuznießung des Ganzen festsezt, ist schon weniger allgemein, denn er umfaßt nicht alle PflichtErbschaften, sondern nur jene, worein Pflichttheil mit einer Belastung durch Nuznießung in einen Gegenstoß geräth.

III.) Der Sz. 1094. ist unter diesen dreyen der besonderste, denn er spricht nur von dem Fall wo Vermächtnisse an Ehegatten in jenen Gegenstoß mit einen Pflichttheil kommen.

IV.) Eben dieser Saz umfaßt seinen Fall unter zwey Gesichtspunkten; je nachdem der Gegenstoß mit einem Pflichttheil der Kinder oder Abkömmlinge ist, Sz. 914., wovon sein zweyter Absaz handelt, oder mit andern PflichtErben, welches dann nur Ahnen seyn können, Sz. 915. und 916; hiervon spricht sein erster Absaz.

V.) Dieser Saz bestimmt für den Fall des Zusammenstosses mit Ahnen, daß der ganze Freytheil dem überlebenden Ehegatten zugewendet werden könne, was nur Anwendung des Sazes 916. ist, und also keiner Verfügung bedürftig gewesen seyn würde, wenn diese nicht als Uebergang zu dem, was das Gesez weiter sagt, dienlich gewesen wäre, nämlich zu der Verfügung, daß dem Ehegatten die Nuznießung selbst desjenigen Theils gegeben werden dürfe, über dem zum Nachtheil der Erben zu verfügen, das Gesez verbietet. Hier mit ist unwidersprechlich eine Abweichung von dem allgemeinen Verhältniß der PflichtErbschaften, wornach diese nicht mit Lasten belegt werden dürfen, ausgesprochen.

VI.) Diesem ersten Absaz gegenüber, steht der zweyte Absaz, welcher sagt, daß im Zusammenstoß mit Kindern dem überlebenden Ehegatten entweder ein Viertel zu Eigenthum und ein Viertel zur Nuznießung, oder beede Viertel zur Nuznießung gegeben werden dürfen.

VII.) Lezterer spricht (vermög jenes Gegensazes) von dem Gegenstoß mit dem Pflichttheil wiederum in der Absicht darüber besondere, nicht für sich allein schon aus den PflichttheilsAnordnungen fliessende, vielmehr mitunter gegen sie streitende Anordnungen zu treffen, und wo er deren trifft, gehen sie als besondere Verfügungen den anderwärtigen Angaben allgemeiner Säze vor. Hieraus ergibt sich vorerst:

A.) Das Gesez hat dem Ueberlebenden das Maas dessen, was er als Vermächtniß empfangen dürfe, ohne Rücksicht auf Kinderzahl vorgeschrieben; der Richter darf daher auch keine solche Rücksicht zu der Anwendung hinzutragen.

B.) Wann demnach auch die Kinderzahl weniger als drey, folglich der Freytheil mehr als ein Viertel ist, so kann dem überlebenden Ehegatten davon doch nicht mehr als ein Viertel zu Eigenthum vermacht werden; hingegen

C.) wann die Kinderzahl auch drey und drüber beträgt, mithin durch das EigenthumsVermächtniß auf ein Viertel der ganze Freytheil erschöpft ist, so kann doch zu Gunsten des Ueberlebenden noch ein weiteres Viertel mit Nuznießung beschwert werden, und tritt also zu Gunsten der Nuznießung bey diesem zweyten Absaz eben sowohl wie bey dem ersten, welcher den Pflichttheil der Ahnen be-

Digitized by Google

trifft, eine wiewohl eingeschränktere Belastungs-Befugniß ein: übrigens

D.) wo jenes dem Ehegatten zuzuwendende Viertel den Freytheil nicht erschöpft, da hindert nichts den Erstversterbenden über das, was daran zu Gunsten der Ehegatten nicht erschöpft werden durfte, zu Gunsten dritter — nur nicht untergeschobener Mittelspersonen, Sz. 1100. — zu verfügen, jedoch

E.) wer diese Verfügung über das Mehrere trifft, kann, sobald er noch auf ein weiteres Viertel der Verlassenschaft dem Ueberlebenden die Nuznießung gegeben hat, solches mehr nicht mit gleichbaldigem Genuß einem Dritten geben, sondern ihm solchen erst zu der Zeit anfallen lassen, wo jener des Ueberlebenden aufhört, weil sonst mehr als die hälftige Nuznießung den Kindern entgehen würde, welches nach unserem Saz nicht geschehen darf.

Wenn nun in dem vorliegenden Fall des Vermächtnisses der Nuznießung auf die ganze Verlassenschaft α.) der Erstverstorbene dem Ueberlebenden offenbar einen größeren Vortheil als die hälftige Nuznießung zuwenden wollte; wenn er β.) umgekehrt, weil er ihm nur Nuznießung vermachte, ihm so wenig als möglich Eigenthum zudachte, wenn er jedoch γ.) stets dafür angesehen werden muß, daß sein Wille in jeder gesezlich möglichen Form, wenn auch mit einigen Veränderungen erhalten werde; so kann nur diejenige Entscheidung des in Vortrag stehenden Falls gerecht seyn, welche den Kindern, die sich des Vermächtnisses entschlagen wollen, auflegt, ein Viertel als Eigenthum, und auf ein Viertel die Nuznießung an den Ueberlebenden hinzugeben. Wer ihnen zulassen wollte, nur

Digitized by Google

eine Nuznießung auf die Hälfte hinzugeben, legte ihnen zu wenig auf, weil er für die entgehende Nuznießung der andern Hälfte ihnen gar nichts zuscheiden würde, wo sie doch nach der Absicht des Saz. 917. dafür als Ersaz einen EigenthumsVerlust auf sich nehmen sollen, und nach Sz. 1094. mit solchem auf ein Viertel von dem Erstverstorbenen belegt werden konnten. Wer hingegen ihnen auflegt, da wo ein Kind vorhanden ist, auf die Hälfte, oder bey Zweyen auf ein Drittel der Verlassenschaft das Eigenthum fahren zu lassen, der beladet sie mit einem größeren EigenthumsVerlust zu Gunsten des Ueberlebenden, als diesem zum Ersaz der entgehenden NuznießungsHälfte zu empfangen vergönnt ist. Wer endlich aus Sz. 913. einen Unterschied nach der Kinderzahl in den Saz 1094. hineinträgt, und dann darnach für gewisse Fälle durch eine nicht mehr buchstäbliche, sondern nur vermeintlich rechtsähnliche Anwendung eine andere Vertheilungsart rechtfertigen will, der unternimmt ein besonderes Gesez durch ein allgemeines, von dem es Ausnahme ist, zu beschränken, welches rechtswidrig ist.

So sieht die Sache nach reinem Napoleonischen Recht aus: auch die landrechtlichen Zusäze ändern daran nichts, sobald man die bestimmte eheliche NuznießungsQuart, welche das Gesez im Sz. 745a. geradezu gibt, für die Nämliche nimmt, welche das Gesez im Sz. 1094. zu vermachen erlaubt, wie sie meine Erl. II. S. 608. Bem. 191. darstellen. Nun hat zwar gezweifelt werden wollen, ob diese Nämlichkeit (Identität), wenn sie auch im Sinn der Gesezverfasser lag, im Gesez so deutlich ausgesprochen sey, daß der Richter gebunden sey, sie für Sinn des Gesezgebers oder des Gesezes selbst anzunehmen. Allein der

in Doppelrücksicht (correspectivitas) dazu stehende Sz 738a. der über die Nuznießung des Ueberlebenden aus kinderloser Ehe verfügt, spricht offenbar von der nämlichen Nuznießung, welche für solchen Fall, Sz. 1094. zu vermachen erlaubt, weil sonst zweyerley Nuznießungen ein und derselben Person an ein und demselben ganzen Vermögen statt finden müßten, welches offenbar eine Ungereimtheit wäre: wie könnte man nun sagen, daß die QuartNuznießung, wovon für den Gegenfall einer Kinderbegabten Ehe, Sz. 545a. und 1094. spricht, nicht die Nämliche seye. Dem sey aber wie ihm wolle, auch wenn man diese Absicht für unausgedruckt annimmt, kommt man am Ende, nur auf einem Umweg, immer wieder zu dem nämlichen Erfolg. Klar sagt der Sz. 917. daß die Hälfte der Nuznießung des ganzen Vermögens allein dem Ueberlebenden vermacht werden dürfe. Wann nun ein Vermächtniß der Hälfte der Nuznießung ohne Einrechnung jener gesezlichen Quart verstanden werden dürfte, dann würde der Ueberlebende nicht mehr die Hälfte allein, sondern er würde $\frac{1}{4}$. + $\frac{1}{2}$: $\frac{1}{4}$. also $\frac{2}{4}$. + $\frac{1}{8}$ = $\frac{5}{8}$. vom ganzen Vermögen nuznießen, und das wäre so wenig eine gesezgemäße Entscheidung, als es diejenige wäre, welche sagen würde, wo ein Vater seinem einzigen Kind $\frac{3}{4}$. und einer andern Person $\frac{1}{4}$. seines Vermögens vermacht, da könne das Kind jenes Vermächtniß ohne Einrechnung seines gesezlichen Pflichttheils fordern, und daher $\frac{1}{2}$. + $\frac{1}{3}$: $\frac{1}{2}$., also $\frac{3}{6}$. + $\frac{2}{6}$. = $\frac{5}{6}$. der Verlassenschaft begehren. Wie nun ein ursprünglich auf die Hälfte gerichtetes Vermächtniß verstanden werden müßte, so ist nothwendig das durch Minderungsverlangen des PflichtErben darauf zurückgeführte ebenfalls zu verstehen.

329.

Alte HeyrathsVerträge im Verhältniß zur neuen Fahrnißgemeinschaft.

Nach dem I. Einführ Ed. Art. XI. §. 2. — 5. wird an denen durch HeyrathsVerträge bestimmten Eheverhältnissen früherer Ehen nichts verrückt, jene aber, die durch das Gesez bestimmt sind, werden vom 1. Jänner 1812. an, wenn sie nicht zuvor durch neue Heyrathsverträge ihre Bestimmung erhielten, nach dem neuen Landrecht bemessen; bey jeder Bestimmung die noch vergönnt bleibt, darf an demjenigen nichts geändert werden, was ausser der Rückweisung auf landrechtliche Gemeinschaft durch frühere Ehegedinge verabredet ist. Nun entstund die Frage, wann — wie das häufig, besonders bey Bürgern Mosaischer Religion, geschah — Eheberedungen gemacht sind, die über Heyrathgut, Widerlage und Erbfälle sprechen, und von einer Gemeinschaft nichts sagen, wie ist ein solcher Fall

A.) In Bezug auf die Aenderungsgewalt,

B.) In Bezug auf die künftig eintretende Landrechtliche Fahrnißgemeinschaft anzusehen?

Zu A.) Wollten hie und da solche Ehen durchaus für bewidmete Ehen geachtet, mithin von der Befugniß neuer Eheberedung ausgeschlossen werden. Dieses war auch wohl da richtig, wo das alte Landrecht eine Bewidmungs-Verfassung zur gesezlichen Regel der Ehen gemacht hatte, weil jeder nicht abweichende Vertrag der gemeinen Rechts-Verfassung gemäß verstanden werden muß. Aber zufolge eben dieses Grundes war es da unrecht, wo die frühere landrechtliche Regel auf eine Errungenschafts- oder Fahr-

Digitized by Google

nißGemeinschaft gieng; denn Heyrathgut und Widerlage sind Dinge, welche mit den beeden gedachten Gemeinschaften zusammen bestehen, wie es die alten Landrechte dadurch, daß sie beedes neben einander festsezten, genugsam zeigten, und wie es auch noch das neue LR. Sz. 1443. 1452. 1535. 1581. ordnete: folglich kann das Daseyn jener Nebenverhältnisse nicht beweisen, es sey die Absicht der Eheleute gewesen, die gesezliche Gemeinschaft bey sich nicht statt finden zu lassen. Man muß deswegen eine solche Ehe immer noch als Errungenschafts- oder GemeinschaftsEhe behandeln, welche nur durch Ehevertrag besondere Zusäze und Gedinge erhalten hat, so lange nicht ausdrücklich aller Gemeinschaft entsagt ist, wie eben dieses im alten Badischen durch eine ausdrückliche Verordnung ausgesprochen war, RealAuszug der Bad. Gesezgeb. Th. I. S. 505. §. 8. Die obengedachte Aenderungsgewalt tritt demnach hierbey, zwar nicht in Absicht der bedungenen Zusäze, aber in Bezug auf die übrigens angenommene, vorhin gesezliche, Errungenschafts oder Gemeinschaftsregel ein, statt deren nun aus den vielen Arten der neugesezlichen irgend eine Art gewählt werden kann. Eben darum

zu B.) muß aber auch eine solche, zwar verdingte, aber darum noch nicht bewidmete Ehe (matrimonium pactitium, non vero dotale), unbeschadet dessen, was in den Ehepakten geschrieben ist, nachmals bey einer Auflösung — wenn die gedachte Aenderungsgewalt vor dem 1. Jän. 1811. nicht benuzt worden ist — nach den Regeln der neuen Fahrnißgemeinschaft auseinandergesezt werden. Ist also z. B. die Frau die überlebende, so zieht sie ihr Heyrathgut an sich, (welches in diesem Fall, wenn es gleich in Fahr-

Digitized by Google

niß bestand, und also Eigenthum der Gemeinschafts-Masse wurde, dennoch in Absicht des nach Sz. 1565. und 1570. verglichen mit 1535b. eintretenden Rückforderungs-Rechts der Frau eine Schuld der Gemeinschafts-Masse ist, und hier unter die im Sz. 1470. Absaz gemeldete Vergütungen gehört), ihr übriges fahrendes Beybringen bleibt der Gemeinschafts-Masse an deren sie nachmals die Hälfte für sich hinnimmt, wenn sie gutfindet, der Gemeinschaft sich theilhaftig zu machen, indeß die übrige Hälfte auf die Erben des Erstverstorbenen fällt, von denen sie jedoch die etwa bedungenen Erbvortheile zugleich daneben empfängt.

Ein Umstand verdient jedoch hierbey Aufmerksamkeit, der in den Eheberedungen der Staatsbürger Mosaischen Glaubens häufig vorkommt. Diese pflegten zu bedingen, daß eine Frau im ersten Jahr nur ihr Heyrathgut und Aussteuer, im zweyten oder dritten Jahr noch eine gewisse weitere Summe, oft im vierten oder folgenden wieder eine weitere hinnehmen solle, wann sie die Ueberlebende ist, welche Summe manchmal auch während der Ehe oft durch sogenannte Vermehrungsbriefe erhöht wurde. Diese Vertrags-Arten wurden unter ihnen selbst verschieden ausgelegt; bald bestanden sie neben einer Errungenschafts-Gemeinschaft und alsdann waren jene ausgesezte Summen bedungene Vermächtnisse, die aus dem nach der Eheauflösung und ordnungsmässigen Theilung erscheinenden Vermögen des erstverstorbenen Mannes entrichtet werden mußten, wahre sogenannte Ehevortheile, — und diese Ansicht war diejenige, die nach obengedachter altbadischer Verordnung im Zweifel vermuthet wurde, weil sie der landrechtlichen Eheverfassung am nächsten blieb; bald war die zugesagte Ge-

gengabe des Mannes und die Vermehrung ein eisern Gewinntheil, das die Frau von aller weiteren Theilnahme an Errungenschaft und Schulden ausschloß, und das alsdann im neuen Recht unter die Herrschaft des Sz. 1522. fällt. Hier kommt in einem einzelnen Streitfall alles auf den Zusammenhang der Ausdrücke an, ob diese dahin deuten, α.) daß die Frau außer dem geschriebenen nichts weiter aus dem ehelichen Vermögen haben soll, oder ob alles anfängliche und spätere Einbringen der Frau rückfalle und mit Widerlage gedeckt werde, u. d. gl. in welchem Fall jenes eiserne Theilgeding vorhanden ist, und unter der Herrschaft des neuen Landrechts fortwirkt; oder ob sie β.) nur auf eine Zahlung aus der männlichen Verlassenschaft hindeuten, ohne eine Bestimmung für das eheliche Vermögen zur Folge zu geben, in diesem Fall können sie die zu Bestimmung der Erbschaft vorauszuschickende landrechtliche Gemeinschafts-Theilung nicht ausschliessen, müssen mithin die Ehe in die neue Fahrnißgemeinschaft hinüber ziehen.

Digitized by Google

Tafel

der Säze des Landrechts, die in dieſen Band erklärt ſind.

Saz	Stück	Saz	Stück	Saz	Stück
4 a.	280	528	11	648	31
22	280	538	12	654	292
71	1	544 e.	13	670	293
105	2	—	14	686	32
151	280	—	15	705	33
275	281	—	16	724	34
299	3	—	17	747	277
	280	549	18	752	294
305	282	550	19	755	295
333	4	577 ak.	20	784	35
337	283	577 bb.	21	—	36
345	284	577 bg.	22	803	37
369	285	577 cp.	23	807	296
401	286	—	24	840	38
406	287	—	25	843	297
450	5	598	290	—	39
455	6	600	26	850	40
461	288	—	291	851	41
464	289	601	280	852	42
469	7	612	27	873	43
475	8	620	28	878	44
515 a.	9	632	29	—	45
520	10	642	30	887	46

Digitized by Google

Saz	Stück	Saz	Stück	Saz	Stück
894	47	1088	75	1221	106
898	48	1090	76	1225	107
908	49	1094	327. 328	1232	108
911	298	1096	304	1234	109
917	328	1100ab.	305	1235	110
919	50	1101	77	1239	111
920	51	1107	78	—	112
938	52	1116	79	—	113
943	53	—	80	1242	114
945	54	1120	81	1243	307
954	55	—	82	1248a.	115
—	56	—	83	1257	116
—	57	1121	84	1265a.	117
—	58	—	85	1271	118
—	59	—	86	1275	119
967	299	1128	87	1277	120
968	60	1130	88	1282	121
1001	61	1150	89	1287	122
1007	62	1153	90	1289	123
—	63	—	91	1291	124
1010	64	—	92	—	125
1014	65	1166	93	—	126
—	66	1167	94	1293	127
—	67	—	95	—	128
1015	68	1168	96	—	129
1018	69	1174	97	1315	130
1021	70	1178	98	—	131
1022	71	1179	99	—	132
1023	72	1183	306	—	133
1027	300	1190	100	—	134
1031	73	1191	101	—	135
1035	302	1200	102	—	136
1038	301	1201	103	—	137
1048	74	1218	104	—	138
1053	303	1220	105	1325	309

Digitized by Google

Saz	Stück	Saz	Stück	Saz	Stück
1329	310	1440	168	1744	200
1332	139	1443	317	1760	201
1335	140	1465	318	1778	202
1337	141	1494	319	1779	203
1338	142	1541	169	1781	204
—	311	1542	170	1831 bk.	205
1347	312	1571	171	1845	206
1351	143	1573	172	—	207
1353	144	1604	173	1862	208
1355	145	1605	174	1864	209
—	146	—	175	1865	210
1356	147	1624	176	1867	211
—	148	1626	177	1872	212
1359	149	—	178	1882	213
—	150	1640 a.	179	1889	214
1361	151	1641	180	1895	215
—	152	1650	181	—	216
—	153	1659	182	—	217
—	154	1663	183	1896	218
1364	155	1665	184	1905	219
1365	314	—	185	—	220
1375	156	1674	320	1906	221
—	157	1691	187	1926	222
1375 a.	158	1692	188	1933	223
1376	159	1698	189	1946	224
—	315	1701 ab.	190	1960	225
1382	160	—	191	1964	226
—	161	1701 af.	192	1977	321
1386	162	1701 an.	193	1983 n.	227
1387	163	1707	194	1999	228
1390	165	1709	195	—	229
1391	166	1712	196	—	230
1399	326	1734	197	2008	231
1400	167	1738	198	2011	232
1426	316	1740	199	2012	233

Digitized by Google

Saz	Stück	Saz	Stück	Saz	Stück
2015	234	2087	322	2243	260
2021	235	2091	249	2257	261
—	236	2102	250	—	262
2028	237	—	251	2262	263
—	238	—	252	2270	264
2032	239	2114	253	2271	265
2034	240	2118	254	2280	266
2046 a.	241	2123	323	Anhangs Säze	
2048	242	—	324		
—	243	2124	255	113	267
2052	244	2135	315	114	268
—	245	2218	256	157	269
2071	246	—	278	161	270
2081	247	2229	257	164	271
2082	248	—	258	244	272
—	279	2242	259	245	273

Digitized by Google

Register.

(Die Zahlen bezeichnen das Stück.)

Ablegung früherer Pfandgläubiger 252.

Absonderung der GesellschaftsGläubiger 212., der HandelsGläubiger 272., auf das Ungewisse 44. Wirkung auf das Erben eigne Schulden 45.

Abwesende, deren SammtVerbindlichkeiten 103., deren BestandErneuerung 197.

Aechtheitsprüfung der lezten Willen 63.

Aenderung der Schenkungen an Dritte 85.

Afterbestandzins, dessen Vorzugsrecht 250.

AfterErbschaft scheinbare 48., an einem VerlassenschaftsRest 74., von Gläubigern angetreten 303.

Anerkennung natürlicher Kinder von Frauenspersonen 283.

Anfang der BesizErsizung 17., des Schriftbeweises 312.

Angeld, wann durch Rückgang des Vertrags verloren 109. 178.

Anlaß, wie von Gelegenheit unterschieden 162.

Anlehen, Geding ungleicher Sorten 215., Geldwerth dabey 216. 217.

Annahme der Schenkungen von Dritten 84.

Anweisung, verwandelt durch ZinsEmpfang 117., getilgt durch Wettschlagung 125. 128.

Anwünschung wegen Lebensrettung 284.

Aufbewahrung wirkt vorzügliche Rettungspflicht 223., wie aufzukünden 224.

Digitized by Google

Aufkündung der Aufbewahrung 224., der Bürgschaften, 240.
Auflagen, was unerfüllte wirken 55.—59., wie jene auf Erben vom Vermächtniß unterschieden 70.
Aufträge, die nach dem Tod zu vollziehen 231.
Aufwand des NuzEigenthümers 20.
Ausdehnung des Besizes 16.
Auslagen, in welchem Geldwerth zu ersezen 229.
Auslieferungsbegehren bey Vermächtnissen 65.
Aussteuer als etwas Bestimmtes 169.

Baumängel, deren doppelte Versizung 264.
Bauschverträge, Gewährleistung dafür 177.
Bedingung willkührliche, wann zulässig 97., wann vererblich 99., auflösende, wie bey Bürgschaften wirksam 306.
Bedürfnißzahlungen 265.
Bejahende Einlassung, unterschieden von dem Geständniß 148.
Beylager ist nicht Hochzeit 27.
Beystand dessen Beywirkung zu Quittungen 9.
Benennung, deren Einfluß auf Verträge 78.
Bergwerke, deren Nuznießung 290.
Beschädigung der Dienstboten, wem zum Nachtheil 203.
Beschlag, dessen Wirkung auf den Zinslauf 90.
Besiz der Gemeinden durch ihre Glieder 13., durch Dritte erworben 14., durch Dritte verloren 15., dessen Ausdehnbarkeit 16., dessen ErsizungsAnfang 17., dessen Wirkung auf FrüchtenErstattung 18., dessen Kraft bey entgegenstehenden Merkmahlen 33., dessen Entwährungs-Klage gegen Käufer 173.
Bestand, dessen stillschweigende Erneuerung 78., Geldwerth dabey 181., Loosung desselben 195., wann er sammtverbindlich macht 197., wie bey Abwesenden zu erneuern 198., wie Bürgschaften dafür wirken 199., welche Entschädigung bey Verkäufen desfalls zu leisten 200., ob er

Digitized by Google

aus Nichtbedürftigkeit aufzukünden 201., welcher Verbesserungs-Aufwand dabey erseßt werde 202.
Bestimmung des Verbindlichkeitsstofs durch Schäzer 169.
Betagung der Zinsgedinge 219., der Bürgschaften 239.
Betrug Dritter, Was er auf Verträge wirke 80.
Beweis der Vergünstigung 30., wem obliegend bey doppelten gleichen Schuldsummen 60., wie überhaupt die Obliegenheit zu bestimmen 130., wem obliegend bey der Entlastungsklage 131., bey der Erbantretung 132., wegen der Vertrags-Erfüllung 133., wegen der Nicht-Erfüllung 134., wegen der Freywilligkeit einer Schuldscheins-Zurückgabe 135., bey Nebenumständen einer Thatsache 136., wegen Umstossung der Verträge 137., wegen Zahlung zur Ungebühr 138.
Beziehende Urkunden, deren Wirkung 140.
Bitten, wann sie ein Recht begründen 30.
Boten, dessen Wirkung in Verträgen 81.
Brautschaz, s. Ehesteuer.
Bürger, deren Handlungen im Gemeingut 13.
Bürgschaft, mit Entsagung auf Rechtsvortheile 35., wann auf Strafen auszudehnen 232., auf natürliche Verbindlichkeiten 233., wenn durch bloße Zusage gültig 234., wie weit Stundung dabey statthaft 235., oder eiserne Briefe 236., Rückgriff für Minderzahlungen 227., Wirkung auf zufälligen Verlust 238., wie zu betagen 239., wie aufzukünden 250., wie bey auflösenden Bedingungen wirksam 306., wann einer Eideszuschiebung empfänglich 314.

Darlegung einer Stückzahlung 116.
Dauer der elterlichen Nuznießung durch Vertrag geändert 327.
Dienstbarkeit, Merkmahl ihrer Unständigkeit 30., wie sie bey zertheiltem Eigenthum zu bestellen 32., was die Wirkung ihrer Merkmahle sey 33.
Dienstleistung verhinderte was sie wirke 59., was davon

von den Schaden trägt 203.
Doppel-Forderung 307., Schenkung 55., Vermächtniß 60., Urkunde, wo nöthig 308., wie weit sie ungleichlautend seyn darf 309.

Ehefrau, s. Frau.
Ehemann, dessen Empfangsrecht für die Frau 142.
Ehescheidung, deren Wirkung auf Schenkung 280., Erfordernisse bey freywilligen 281., Folgen 282.
Ehesteuer aus Stammgut 23., als Vermächtniß 72., Verfall durch Unterbleiben der Ehe 75., wann einzuwerfen 41., wann aus Ganten zu fordern 168., wie zu verzinsen 170., welche Früchte davon fallen 171., wie jene an vermögenslose Männer einzuwerfen 172.
Eheverträge, s. Heyrathsverträge.
Ehevortheile, deren Verlust 3. 280. 282.
Ehrerbietiges Ansuchen kann ohne Gründe abgeschlagen werden 280.
Eid, dessen Zuschiebung über eignes Wissen 149., wegen übertragener Forderungen 150., an Gewissenslose 151., dessen Zurückschiebung nach der Annahme 152., Wirkung der Annahme 153., dessen Weigerung ist Verlust der Einreden 154., dessen Rückruf 155., auf Handelsbücher 310., wann dem Bürgen zuzuschieben 314.
Eigenthum dessen Uebergang in Gesellschaften 206., 207., was wirkt seine Entdeckung bey Genußverträgen, 224., was dessen Verlassung 258.
Einfreyung, wie weit sie einen Wohnsiz gebe 2.
Einlassung bejahende, was sie wirkt 148.
Einleitung eines Schriftbeweises 312.
Eintragung, wann sie bey bevorrechteten Unterpfändern nothwendig sey 325.
Einwerfung, wie sie zu verordnen 39., Pflicht dazu für die eingesezten Erben 40., der Ehesteuer 41., der Studir- und Reisekosten 42., wann den Enkeln erlassen 297.

Eiserne Briefe, deren Entsagung 36., Wirkung auf Bürgschaften 236.
Eltern, deren Entsagung auf den Pflichttheil 51., Liedlohnspflicht an Kinder 203., Sicherheitsleistung für Nuznießung 280., Befugniß über die Nuznießung ihrer Verlassenschaft zu verfügen 327.
Empfang durch Mittelspersonen 298.
Enkel, deren EinwerfungsVerhältnisse 297.
EntlassungsKlage, wer dabey zu beweisen hat 131.
Entsagung auf Rechtsvortheile 35., auf eiserne Briefe 36., auf PflichtErbschaft 51., auf lezte WillensErrichtung 88., auf Nothdurftsrechte 241.
Entschädigung, ob Erben sie schuldig 108., wie wegen getödtetem Familienhaupt zu bestimmen 160., wie sie verjessen wird 263.
EntwährungsBefugniß eines Verkäufers 179.
ErbAbsonderung auf das Ungewisse 44., deren Wirkung auf Schulden des Erben 45.
ErbAntretung, wer sie beweisen muß 132.
Erbbestand, wann er verfalle 205.
Erbgüter, wie sie zu loosen 190.
Erbkäufer haben die Einrede der Vorausklage 189.
Erbrecht als ErsizungsTitel 257., der halbbürtigen Geschwister 294.
Erbtheilung, ohne Mitwirkung aller Erben 38., wie sie umzustossen 46.
ErbtheilVermächtnisse, was unbestimmte wirken 64.
ErbnuznießungsKlage, wie man sich dazu rechtfertigt 34.
Erlassung eines Theils als Bedingung der Restzahlung 122., was sie auf Wettschlagung wirkt, 129., der Einwerfung für Enkel 297.
Ernährungspflicht der Eltern, deren Dauer 285.
ErschleichungsEinrede ist noch statthaft 274.
Ersizung des Besizes 17., aus ErbrechtsTiteln 257.

Digitized by Google

Fahrende Eigenschaft der Gewerbläden 11.
Fahrnißgemeinschaft, ihr Verhältniß zu Eheverträgen 326.
Familienhaupt, wie der Schaden seines Verlusts anzuschlagen 160.
Familienrath, VormundsErnennung 286., Verantwortlichkeit 287.
Faustpfand, dessen Wirkung auf handschriftliche Forderungen 279., bey verpfändeten Schuldbriefen 247.
FlozSchadenErsaz 89.
Flüsse, als Staatsgut 12.
Forderung doppelte, deren Unredlichkeit 307.
Frauen, deren Quittung ohne Beystand 9., deren Prozesse in des Mannes Hand 167., deren HinterlegungsVerbindlichkeiten 221., Wechselverhaft 267., deren Ermächtigung zu Anerkennung natürlicher Kinder 283., Gewalt am GemeinschaftsGut 316., VermögensAbsonderungsKlage 317., Schuldverbindlichkeit 319.
Frohnd Entschädigung, wem obliegend 196.
Früchte, wann liegenschaftlich 10., wann ein Gewinn des Besizers 18., wem von Vermächtnissen gehörig 67. 68., von ehesteuerlichen Grundstücken 171., wem von Wiederkaufsjahr gehörig 183., wem die auf dem Halm versteigerte zur Gefahr gehen 226.

Gant, dessen Einfluß auf Wettschlagung 127., auf Ehesteuerzusagen 168., auf Nuzpfänder 249., auf Faustpfänder 279., auf WaarenZurücknahme 252.
Gebäude einseitige auf Gemeinschaftsboden 21.
Geding der TheilungsVerbindlichkeit in Gesellschaften 210.
Gefährde, wann zu vermuthen 94., wo zu finden 95.

Digitized by Google

Gefahr der VorsichtsErbschaft 37., versteigerte Sachen 167. der WiederkaufsSachen 185.

Geist der Gesetze, wie anzuwenden 280.

Geldwerth bey Vermächtnissen 69., in Verzugszahlungen 92., in Umsatzverträgen 181., in Anleihen 215., 216., 217., bey Auslagen, 229.

Gelegenheit, deren Rechtswirkungen 162.

Gelübde, deren bürgerlicher Werth, 77.

GemeindeGut, durch Bürger erhalten und verloren 13., Frohnd, wie zu entschädigen 196.

Gemeinschaft des Bodens bey Bauwesen 21.

Gemeinschaftsgut der Ehe, was die Frau darüber vermag 316.

Genehmigung, Gutstehen dafür 83., Vorbehalt derselben 97., wie zu beurkunden 311.

Genußverträge, erlöschen durch EigenthumsEntdeckung 224.

Geschäftsführung, wie weit sie zur ForderungsEinziehung berechtigt 157., wie sie wider Willen des Herrn statt findet 158.

Geschwister, wie Halbe mit Vollen erben 294., GradRücksicht bey ihnen 295.

Gesellschaft, wie das Eigenthum darinn übergeht 206., wie weit Eigenthum des Einbringens nöthig 207., wie sie Sammtverbindlichkeit begründet 208., wie sie Theilung der Verbindlichkeiten zuläßt 209., was über solche Theilung bedungen werden darf 210., wenn darinn die Sachen untergehen 211., welches Absonderungsrecht sie den Gläubigern gibt 212.

Geständnisse, Werth der aussergerichtlichen 145., der mündlichen 146., deren RechtsUrsache 147.

Gestohlne Sachen, wie deren Kauf gültig 266.

Gewährleistung, wie weit theilbar 107., welche man in Bauschverträgen schuldig ist 177., welche wegen besonderer Zusagen 180., wie sie verjessen wird 262.

Digitized by Google

Gewerbläden sind Fahrniß 11.
Gewohnheit, wie von Herkommen unterschieden 82.
Gläubiger des Mündels, wenn sie gegen den Vormund klagen können 8., der Gesellschaften, welches Absonderungsrecht sie haben 212., deren Recht auf AfterErbschaften 303.
Glücksbau bey Erndten 226.
Gütergemeinschaft richtet sich nach dem Wohnsitz 163., auch ausser dem Staatsgebiet 164., selbst bey Ortsveränderungen 165., deren Aenderung durch Heyrathsvertrag 166.
Gunst des Richters 107.
Gutstehen, wie von Verwendung verschieden 82., für Genehmigung 83.

Haftgeld, s. Angeld.
Handels-Bücher, deren Beschwörung 310., Gläubiger, deren AbsonderungsRecht 272.
Handschriftliche Forderungen an Faustpfandgläubiger 279.
Hausrath ist etwas bestimmtes 169.
Herkommen, dessen Unterschied von Gewohnheitsrecht 166.
Heyrathsvertrag ändert Gemeinschaftsrecht 166., was ein früherer auf die Fahrnißgemeinschaft wirkt 326., wie weit er geändert werden konnte 329.
HinterlegungsVerbindlichkeit der Frauenspersonen 222.
Hochzeit, deren Geschenke wem sie gehörig 52.

Innbehaltung gegen Schuldner des Schuldners 93., an Pfändern 248., in Ganten 279.
Irrthum dessen Wirkung auf Redlichkeit 19., von Schenkung 315.

Digitized by Google

KapitalVermächtnisse sind Stückvermächtnisse 66.
Kauf, Geldwerth dabey 181., Verfall des Angelds 178., VerkürzungsKlage dagegen 320.
Kinder, deren Liedlohnsforderung an Eltern 204.
Klagen, deren willkührliche Theilung 105., was jene des Rechtsnehmers fordert 186., von wo an sie verjährbar sind 261.
Koppelweiden, wie anzusehen 31.
Kosten der NuznießungsVerzeichnisse, wem obliegend 26.
Krieg, wem die Schäden auf den Kriegsfrohnd zufallen 196., wie weit er Verjährung unterbricht 259., wie weit auswärts darinn zu dienen erlaubt 280.
KundbarkeitsBeweis, dessen Natur 1.
Künftige Güter in Bezug auf Schenkungen 53.

Ladengläubiger, deren Pfandrechte 253.
Ladungsruf an Erben 62.
LandErben, wie weit sie eine LehensverkaufsBewilligung benuzen können 275., wie deren ZuvielEmpfang der LehenErben mit ihnen auszugleichen 276.
LastErben, s. AfterErbschaft.
Lebensrettung als AnwünschungsGrund 284.
Lebenswahrscheinlichkeiten, wie zu schäzen 227.
Leihe, wie stark die Rettungspflicht dabey sey 213., wie weit sie sammtverbindlich macht 197.
Lezter Wille, deren Nichtigkeit 61., ErösnungsArt 62., Aechtheitsprüfung 65., Entsagung auf ihre Errichtung 88., Bevorrechtete, ob sie gemeine ausschliessen 299.
Liegenschaft, wenn Vormünder sie erkaufen dürfen 6., dafür gilt zuweilen geschnittene Frucht 10.
Loosung, wie weit sie übertragbar sey 188., was eine Ankündigung des Kaufs dabey wirke 192., wenn sie sammthaft geschehen könne 190. 191., wann gegen dritte Innhaber 193., oder bey Pachtungen 195.

Digitized by Google

Mängel, wie deren Verschweigung anzusehen 79.
Mahnung unterbricht nicht Verjährung 280.
Mantelkinder aus spätern Ehen, wie sie ehelich werden 4.
Mehrzahl, wie sie bey SicherheitsForderung an VorsichtsErben zu rechnen 296.
Minder, s. Mehr.
Minderung der Ehevermächtnisse wegen elterlichem Pflichttheil 51.
Mitbesiz, dessen Natur 22.
MitEigenthümer, dessen Recht an der Loosung 191.
Mittel sind Erkenntnißgründe des Zwecks 69.
Mittelspersonen zu Verdeckung wahrer Empfänger 298.
Mündel, dessen Klagen wider den Vormund 8.

NachErbsezung verdeckte 48.
Natürliche Kinder, von wann an als ehelich gemacht anzusehen 4., Enkel können Vermächtnisse empfangen 49. Verbindlichkeiten können verbürgt werden 233.
Nebenumstände, wann zu beweisen 136.
NichtErfüllung des Vergleichs als AufhebungsGrund 244., von wem zu beweisen 134.
Nichtigkeit lezter Willen, wie auszuführen 61., der Doppellrkunden, ohne Erwähnung der doppelten Fertigung 308.
NothdurftsRechte werden nicht durch Verschuldung verloren 117., ihre Entsagung 241., Beschaffenheit jener der Wittwen 318.
NothEid, wann zuzulassen 9.
NuzEigenthümer, dessen VerbesserungsAufwand 20.
Nuznieesser, dessen ErbverzeichnungsKosten 26., dessen Schuldenzahlung 27., Schäzung 28., DienstbarkeitsBe-

Digitized by Google

willigungen 32., als Unterpfand versezt 254., Sicherheitsleistung 280., von Bodenfrüchten 290., dessen Unterlassung der Vermögens-Verzeichnung 291., dessen Rechtserweiterung durch Eheverträge 327.
Nuzpfänder, deren Recht in Ganten 249., was deren Rückgabe wirke 322.

Ortsveränderung dessen Einfluß auf Gütergemeinschaft 165.

Pacht, s. Bestand.
Pfandrecht, auf Mehrere vererbt 106., der Verzugs-Zinsen 246., an Schuldbriefen 247., Innbehaltungsrecht dabey 249, Ablegung früherer Pfandrechte 252.
Pflichttheil, dessen Verhältniß zu Schulden 50.
Prozesse, wie am Frauengut zu führen 167., wie in Vergleichen übergangene zu behandeln. 243

Quittung weibliche, ohne Beystand was sie wirkt 9.

Rechnung, was bey deren Ablage Rechtens 7., wodurch sie genehmigt werde 140. 142., über Wechselwerth 268.
Rechtskraft, wo anwendbar 143.
Rechts-Uebertrag, ob er ein Widerklagsrecht gebe 119., dessen Einfluß auf Wettschlagung 128., wie er Eideszuschiebung zuläßt 150., wie man sich zu dessen Einklagung rechtfertigt 186., ob er bey Loosungen statt finde 188.
Rechtsverkehr, Wirkung seiner Hemmung 87.
Rechtswandlung durch neue Schuldscheins-Annahme 118.
Redlichkeit, deren Verhältniß zum Irrthum 19.
Reisekosten, deren Einwerfung 42., deren Forderung von Gläubigern 228.
Renten vermachte, wie zu bestimmen 71., wahlweiß zustehende 101.

Digitized by Google

Rettungskauf gestohlner Sachen 266.
RettungsPflicht der Entleiher 213., der Aufbewahrer 223.
RückfallsErbe, Anfang und Umfang 277.
Rückgriff der LandErben auf StammErben wegen Schuldenzahlung 24., des Bürgen bey Minderzahlungen 207., wegen zufälligem Verlust 238.
Rückruf abgeschworner Eide 155.

Sammtlosung an Erbgütern 190., einzelner MitEigenthümer 191.
SammtRechte der ZahlungsGenossen 114.
Sammtverbindlichkeit bey Vermächtnissen 43., bezeichnende Ausdrücke dafür 102., bey Abwesenden 103., bey Leih- und BestandVerträgen 197., deren Ausdingung in Gesellschaften 210.
SchadenErsaz vom Flözen 89.
Schäzung der Nuznießung 28., bestimmter VerbindlichkeitsGegenstände 169.
Scheidmauern, wann AlleinEigenthum 292.
Scheidhecken, wann AlleinEigenthum 293.
Schenkung folgt nicht aus Einhändigung 47. käuflicher Güter 53., Schulden die darauf fallen 54., ihr Widerruf bey unerfüllten Auflagen 55. 57., zu Gunsten dritter geschehend 56., deren Annahme von Dritten 84. deren Aenderung 85., Verlust durch Eheseidung 280., Widerruf bey ehebegünstigenden 280., unter Ehegatten, deren Form 304.
Schriftbeweis, dessen Einleitung 312., dessen Entbehrlichkeit 313.
Schulden, deren Zahlung aus Lehen- oder Stammgütern 24., deren Bewilligung durch MitUnterschrift eines Vertrags Dritter 25., was der Nuznießer dazu beyträgt 27., was der PflichtErbe 50., was der Beschenkte 54., wie Unrichtige wettzuschlagen 124., Abgetretene, wem zu zahlen 187., wie aus der Zinszahlung zu vermuthen

221., wie Verpfändete einzuziehen 247., wie weit eine Ehefrau dafür verbindlich 319.
SelbstErhebung eines auf Verfügung lautenden Wechsels 270.
StaatsEigenthum an Flüssen 12.
Stammgut, Brautschaz daraus 23., Schuldenzahlung 24., Schuldbewilligung 25.
Stellvertretende Gelder, deren Zueignung 273.
Stillschweigen, als RechnungsGenehmigung 140. 142.
Strafen, wiefern auf den Bürgen fallend 232.
Studirkosten, deren Einwerfung 42.
Stundung, wie sie auf Bürgschaften wirkt 235.

Tausch, wem der Beweis der Erfüllung obliegt 133., wem der Untergang der Tauschsache 194.
Thatstand, dessen Rechtswirkung 29. 47.
Theilung, wann umzustossen 46., der Verbindlichkeiten 104., der Gewährleistung 107., der Urtheile 110., der Gesellschaftsverbindlichkeiten 210.
Tod, dessen Einfluß auf Aufträge nach dem Tod zu erfüllen 231.
Treuhänder, deren Amt gegen Erben 73., deren Verwaltungspflicht 300.

Uebereinkunft stumme, wie sie auszulegen 105.
Uebergabe bildliche, deren Verhältniß zur wirklichen 174, urkundliche 175.
Unbestimmte ErbtheilVermächtnisse 64.
Umstände, wann zu beweisen 136.
Undank, dessen Wettschlagung 123.
Ungebühr in der Zahlung, wer sie beweise 138., findet auch bey rechtskräftigen Urtheilen statt 159., wie weit sie wissentlich möglich ist 315.
Unredlichkeit im Fordern 307.
Unrichtige Forderungen, wie sie zinsbar werden 91.
Unterbrechung der Verjährung durch Krieg 259.

Digitized by Google

Untergang versteigerter Sachen 176., eingetauschter 191., gesellschaftlicher 211.
Unterpfand der Vermächtnisse, wie es wirkt 43., der Ladengläubiger 253., auf Nuznießung 254., auf ungewährte Güter 255., ZahlungsAbrechnung dabey 256., wie das allgemeine des alten Rechts jezt zu ordnen 278., richterliche, welches deren Gegenstand sey 323., wie weit sie aus BezirksschreibereyUrkunden hervorgehen 324., wie lang Bevorrechtete der Eintragung frey sind 325.
Unterschrift als Anerkenntniß einer Stammschuld 25.
Urkunden, wann sie zurückzugeben 121., wann theilweise vorzulegen 139., wie beziehende zu benuzen 140., wie durch sie Uebergabe zu bewirken 175., wie in doppelseitigen Verträgen zu fertigen 308., genehmigende 311., wann als Einleitung eines Beweises tauglich 312., wann sie richterliches Pfandrecht wirken 324.
Ursach der Geständnisse 147.
Urtheile wirken Theilverbindlichkeit 110.

Veräusserung des durch Dritte erworbenen Besizes 114.
Verbindlichkeiten sind theilbar 104., natürliche bey Bürgschaften 233.
VerbesserungsAufwand der NuzEigenthümer 20., auf fremdes Gut 156., des Beständers 202.
Verfall des Erbbestandes 205., der Vergleiche 244. 245.
Vergleich, wie weit er Einheit des Gegenstandes fordert 242., was er auf Prozeßkosten wirke 243., wie er durch Nichterfüllung zerfalle 244. 245.
Vergünstigung, wie sie verjährbar wird 214.
Verhaft der Frauenspersonen, wann statthaft 267.
Verjährung der Vergünstigungen 214., wie weit sie durch Krieg unterbrochen werde 259., deren Anfangsziel bey Klagen 261., der Gewährklagen 262., der EntschädigungsKlagen 263., der Baumängel 264., der Bedürfnißzahlungen 265., NichtUnterbrechung durch Warnung 280.
Verkäufer, wie weit er entwähren könne 179., kann nicht

ohne Preisbestimmung seyn 47.
Verkürzungsklage gegen den Kauf 320.
Verlassung des Eigenthums 258.
Verlust der Ehevortheile 3.
Vermächtnisse, wann sie sammtverbindlich den Erben obliegen 43., ob sie auf natürliche Enkel statt finden 49., wie es mit Unbestimmten zu halten 64., wie deren Auslieferung zu begehren 65., wie sie auf Kapitalien haften 66., wie es mit ihren Früchten zu halten 67. 68., wie ihr Geldwerth anzuschlagen 69., ob sie auf Sachen des Erben statt finden 70., wie jene des Brautschazes anzusehen 72., deren VorEmpfang 301., Widerruf durch neue 302, Vermächtnisse in Vermögensuebergaben 305.
Vermögensuebergabe, s. Vermächtnisse.
VermögensAbsonderungsKlage, wann sie angestellt werden kann 317.
Vermögensverzeichnung bey Ehescheidungen 282., bey Nuznießungen 291.
Vermuthungen, wie sie zu bilden 144., wie sie für die Schuld aus Zinszahlungen entstehen 221.
Verneinende Säze, wer sie beweiset 138.
Verschulden, was es auf Nothdurftsrechte wirkt, 117.
Verschweigung, deren Wirkung in Verträgen 79.
Versehen der Vormünder, wie sie zu schäzen, 5.
Versizung, s. Verjährung.
Versteigerte Sachen, deren Gefahr 176.
Verträge, deren Werth nach der Benennung 78., was Verschweigung bey ihnen wirkt 79., durch Boten 81., deren Rückgang 109., deren Nichterfüllung, wann sie zu beweisen 134.
Verwendung, wer sie beweise 137.
Verzug, dessen Wirkung auf den Geldwerth der Zahlung 92.
VerzugsZinsen, deren Pfandrecht 246.
Vorausklage gegen Erbverkäufer 189., gegen Erben 230.
Voraussezung, deren Wirkungen 96.
Vorlegung theilweise der Urkunden 139.

Digitized by Google

Vormünder, deren Versehen 5., deren LiegenschaftsErkauf 6., Rechte des Familienraths bey ihrer Ernennung 286., Verantwortlichkeit dafür 287., Gewalt bey gewinnenden Rechtsgeschäften 288., bey Klagen 289.
VorsichtsErben, deren Gefahr 37., deren Wettschlagung 126., Sicherheitsleistung 296.
Vorzugsrecht des Afterbestandzinses 250.

Waarenzurücknahme in Ganten 252.
Währziel der Bürgschaften 239.
Wässerung, wie sie zu ersitzen 30.
Wahlverbindlichkeit, wie sie zu vererben 100., auf Renten anzuwenden 101.
Wechsel geben Verhaftsrecht wider FrauensPersonen 267., wie deren Werth auf Rechnung zu stellen 268., ob sie dem Zähler auszuhändigen 269., ob sie vom Empfänger auf Verfügung selbst zu erheben 270., ob gegen den Uebergeber auf Verhaft klagbar 271.
Wettschlagung gegen Schuldner des Schuldners 93., des Undanks 123., unrichtiger Schulden 124., angewiesener Forderungen 125., gegen VorsichtsErben 127., übertragener Forderungen 128.
Widerruf wegen unerfüllter Auflagen 55. 57., zu Gunsten Dritter 56., der Vermächtnisse durch neue 302.
Wiederkauf, Preisbestimmung dabey 182., Früchte davon 183., Anschwemmungsrechte 184., Gefahr 185.
Wiederklage des Rechtsnehmers 119.
Wohnsizrecht durch Einfreyung 2., der Ehe als Grund der Ehegemeinschaft 163.
Wohnungsrecht stillschweigend genossenes 29.

Zahlung, welche zur Gefährde gereicht 95., wie weit sie für die Frau an den Mann geschehen könne 112., oder an den Schuldner des Schuldners 113., oder zum Nachtheil eines Dritten 114., wie weit sie aus jüngeren Zahlungen zu vermuthen 115., oder theilweise geschehen könne

Digitized by Google

116., durch Nachlaß bedingte 122., wer sie in Gesellschaften fordern könne 157., wie sie in Gefolg Urthels und doch zur Ungebühr geschehe 159., wie an abgetretene Schuldner 187., wann sie in Stück oder Stangen geschehen ist 218., s. auch Ungebühr.
Zahlungs Genossen 111.
Zehendsteine, deren Wirkung 33.
Zernichtungsklagen gegen lezte Willen 61.
Zinsen von Geld das mit Beschlag belegt ist 99., von unrichtigen Forderungen 91., von angewiesenen Schulden 117., der Ehesteuer 170., deren betagte Gedinge 229., stumme 220., werden Vermuthungsgrund für eine Schuld 221.
Zueignung stellvertretender Gelder 273.
Zufall in Erfüllung der Auflagen 59., als Grund der NichtErfüllung eines Vertrags 98., im Dienst erlitten 203.
Zurückgabe der Urkunden wer dazu schuldig 121., des Schuldscheins, was sie beweise 135., gezahlter Wechsel 269.
Zurücknahme der Waaren in Ganten 252.
Zusage der Gewährleistung, was sie wirkt 180.
Zweck, aus Mitteln zu beurtheilen 69.

Bayerische Staatsbibliothek München

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google